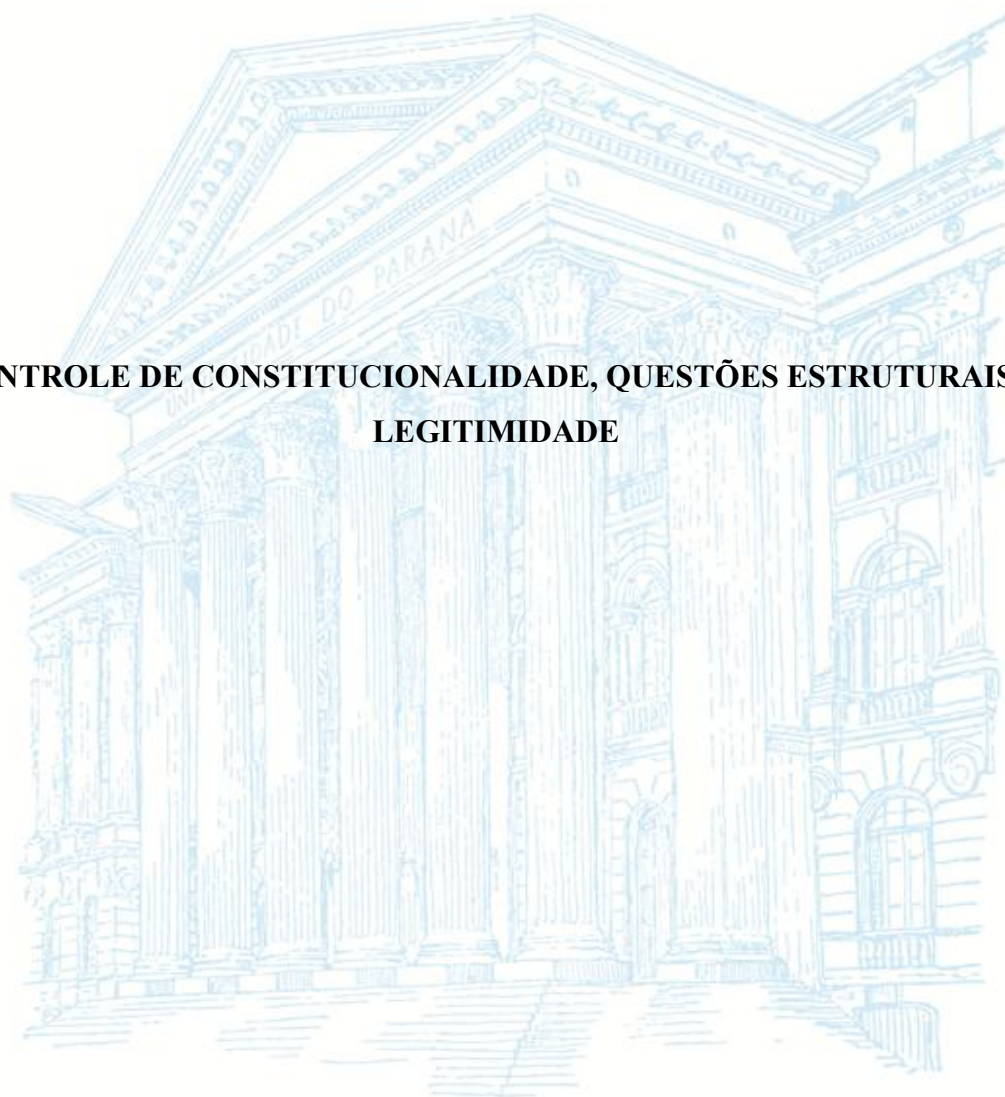


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULO SÉRGIO RIBEIRO SOBRINHO

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, QUESTÕES ESTRUTURAIS E
LEGITIMIDADE**



CURITIBA

2018

PAULO SÉRGIO RIBEIRO SOBRINHO

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, QUESTÕES ESTRUTURAIS E
LEGITIMIDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientadora: Professora Doutora Katya Kozicki.

CURITIBA

2018

R484c

Ribeiro Sobrinho, Paulo Sérgio

Controle de constitucionalidade, questões estruturais
e legitimidade / Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho;
orientadora: Katya Kozicki. – Curitiba, 2018.

113 p.

Bibliografia: p. 110-113.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2018.

1. Controle da constitucionalidade. 2. Direito
constitucional. I. Kozicki, Katya. II. Título.

CDU 342.562

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Programa de Pós-graduação em Direito

PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo mestrando **Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho**, sob o título "**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, QUESTÕES ESTRUTURAIS E LEGITIMIDADE**", após arguir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof.^a Dr.^a Katya Kozicki - 10,00 (dez inteiros)

Prof.^a Dr.^a Vera Karam de Chueiri - 10,00 (dez inteiros)

Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués - 10,00 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito ao candidato Paulo Sérgio Ribeiro Sobrinho**.

A Comissão Julgadora, do mesmo modo, delibera recomendar ao Colegiado do Programa a dispensa de dezoito créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

Katya Kozicki

É o parecer.

Curitiba, 17 de abril de 2018.



AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não seria possível se não fosse a confiança que recebi da Professora Katya Kozicki. Além dessa confiança, vivi um tempo verdadeiramente especial sob sua orientação, pois o que com ela aprendi vai muito além das questões relacionadas à pesquisa. A Professora Katya possui de docência os anos que tenho de idade e não posso deixar de registrar que foi sob um inescapável nervosismo reverente que apresentei a ela as ideias desse trabalho, sendo que muitos equívocos seriam cometidos se não fosse a sua intervenção. Por isso, à Professora Katya Kozicki, gostaria de dedicar a minha profunda gratidão e também manifestar que terei todos os momentos compartilhados ao seu lado no lugar das lembranças que jamais serão esquecidas.

Agradeço à Professora Vera Karam de Chueiri pela aceitação do convite para compor a banca de avaliação desse trabalho e também pela oportunidade de participar das suas aulas – um ambiente instigante que me fazia sentir o quão bom era desfrutar daqueles encontros, debatendo o constitucionalismo e a triste situação institucional do nosso país. De igual maneira, sou grato ao Professor Antonio Gomes Moreira Maués por aceitar o convite realizado para integrar a banca de avaliação, fazendo-me sentir profundamente honrado tanto por poder de conhecê-lo para além dos livros como por saber que dele o trabalho receberá avaliação.

Tive a feliz oportunidade de apresentar as ideias que estão nesta dissertação em eventos distintos. No V Simpósio Internacional de Filosofia do Direito compartilhei os aspectos metodológicos empregados no trabalho e recebi sugestões proveitosas a respeito dessa escolha - agradeço ao Professor César Antonio Serbena pela organização desse evento. No Encontro de Discentes de Direito Constitucional, realizado no ano passado em Curitiba/PR, apresentei as ideias que estão dispostas no trabalho e ouvi, especialmente do Professor Miguel Gualano de Godoy, apontamentos que foram mais que bem-vindos para o desenvolvimento das ideias do terceiro capítulo. No evento de mesmo nome, realizado neste ano no Largo São Francisco, apresentei os argumentos substanciais do trabalho e pude ouvir críticas da Professora Flávia Danielle Santiago Lima e da Professora Clarissa Piterman Gross que me fizeram enxergar a necessidade de uma maior atenção para argumentos desenvolvidos no segundo capítulo, além de jogar luzes sobre o melhor modo de apresentação dos argumentos.

Sou muito agradecido aos colegas que se tornaram amigos, Guilherme Santander e Renê Chiquetti. Apresentei aos dois versões iniciais do texto e deles recebi oportunas provocações. Agradeço ao Guilherme, de modo especial, pelo auxílio no período anterior ao ingresso no curso e ao Renê pelas tão boas discussões sobre teoria do direito. Gostaria de também agradecer ao colega Pedro Luz que leu a versão inicial da introdução do trabalho e apontou imprecisões que meus olhos não conseguiam enxergar; ao colega Rafael dos Santos Pinto pela parceria e pelas instruções sempre precisas; ao colega Thiago Hoshino pela tão qualificada, crítica e alegre interlocução nas disciplinas do curso. Agradeço ainda à Professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza e ao Leonardo Cabral pela parceria durante o período da pesquisa.

Quero agradecer aos amigos de longe, mas que, de alguma forma, sempre estão „perto“. Ao Professor da UFPel e amigo Guilherme Massaú pelo incentivo e pelos conselhos; ao Kadu Medina pela amizade desde os tempos de São José/PEL; ao Matheus Nogueira pela amizade desde o Arquidiocesano/SE e o carinho que da sua família sempre recebi; ao Jaziel Júnior pela amizade sincera.

Agradeço à minha família por todo o amor e apoio dispensado – aos meus pais, Carlos e Janice e aos meus irmãos, Júnior e Raíssa. Muito especialmente gostaria de agradecer ao Éric Ribeiro Piccelli. Nossas conversas são sinônimos de grande aprendizado para mim e o seu auxílio ultrapassa (e muito!) as fronteiras da dissertação – a verdade é que me sinto privilegiado em ser seu primo e ter a sua amizade. Não posso deixar de manifestar que foi com o Éric que também debati diversas ideias que estão no corpo do trabalho desde a elaboração do projeto de pesquisa e muitas delas apenas tiveram desenvolvimento após receber suas críticas e sugestões tão qualificadas.

Sou ainda muito grato à família „Papa Fina“ por ter me acolhido e me oferecido condições necessárias para desenvolver meus estudos no tempo da minha chegada em Pinhais/PR; também à família „Lopes Zucco“ pelo acolhimento que recebi desde o dia em que dessa família comecei a fazer parte.

Com extrema especialidade, gostaria de agradecer à Isabelly Zucco, pois é ela a moça que tornou (e torna) os meus dias melhores.

RESUMO

O controle de constitucionalidade tem despertado, desde longa data, um debate teórico intenso a respeito das razões que justificariam a atribuição do poder de revisar as leis a um grupo de juízes em uma democracia constitucional. Abordo parte desse debate no presente trabalho, especialmente a partir da teoria de Jeremy Waldron. A discussão teórica a respeito do controle de constitucionalidade é centrada no debate sobre direitos. Porém, em diversas democracias constitucionais, o instituto foi também desenhado para a deliberação sobre questões que dizem respeito à estrutura governamental, tal como é o caso das questões federativas e questões institucionais. Seguindo a literatura que as identifica como “questões estruturais”, questiono a possibilidade de ser dado a elas mesmo tratamento teórico ao que é conferido às questões dos direitos naquilo que se refere ao debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade. Respondo essa pergunta de modo afirmativo, buscando apresentar a ideia de que as questões estruturais apresentam as mesmas características que as questões dos direitos. Essa ideia é construída a partir de duas estratégias, (1) a de abordar o papel das regras que conferem poderes em um sistema constitucional e os desacordos que se dão entre elas nos casos onde a aplicação das mesmas esteja em disputa e (2) a de aprofundar as implicações da objeção construída por Jeremy Waldron em questões estruturais, no sentido de observar como a crítica que o autor desenvolve ao controle de constitucionalidade, pensada nas questões dos direitos, também se aplica às questões estruturais. Não obstante a conhecida objeção ao controle de constitucionalidade que é desenvolvida por Waldron, avanço a ideia de que os contributos teóricos desse autor auxiliam o desenvolvimento de uma justificativa adequada para o poder que é atribuído às cortes constitucionais. Com apoio na teoria que desenvolve a respeito do princípio da separação de poderes e os argumentos lançados por um dos seus interlocutores (Dimitrios Kyritsis) a favor do controle de constitucionalidade, apresento a ideia de que, seja para as questões dos direitos seja para as questões estruturais, a justificativa do controle de constitucionalidade está na assunção de que, especialmente em razão de suas características procedimentais de composição, perfaz um instituto que cumpre a pretensão de ser um mecanismo justificável de controle da atividade de legislaturas e outros entes federativos (*freios e contrapesos*). Trata-se de uma justificativa modesta, mas que em nada diminui a importância do papel que cortes constitucionais possuem em uma democracia constitucional - destacadamente o de contribuir para a legitimidade do projeto de governo que compartilham com instituições representativas.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Questões estruturais; Legitimidade; Jeremy Waldron.

ABSTRACT

The Judicial Review has, for a long time, awakened an intense theoretical debate about the reasons that would justify the attribution of the power to revise the laws to a group of judges in a constitutional democracy. I approach part of this debate in this work, especially from Jeremy Waldron's theory. The theoretical discussion regarding the judicial review is centered on the debate about rights. However, in several constitutional democracies, the judicial review was also designed for deliberation on questions that relate to government structure, such as federal questions and institutional questions. Following the literature that identifies them as "structural questions", I question the possibility of being given to them the same theoretical treatment of what is given to the questions of rights in what concerns the debate regarding the legitimacy of judicial review. I answer that question in the affirmative, seeking to present the idea that structural questions have the same characteristics as rights questions. This idea is built on two strategies: (1) to address the role of rules conferring powers in a constitutional system and the disagreements between them in cases where their application is in dispute and (2) to deepen the implications of the objection built by Jeremy Waldron on structural questions, in order to observe how the author's critique of judicial, which is thought about rights questions, also applies to structural questions. Notwithstanding the well-known objection to judicial review that is developed by Waldron, I advance the idea that the theoretical contributions of this author help the development of an adequate justification for the power that is attributed to the constitutional courts. Based on his theory of separation of powers and the arguments put forward by one of his interlocutors (Dimitrios Kyritsis) in favor of judicial review, I put forward the idea that, whether for rights questions or for structural questions, the justification of judicial review is based on the assumption that, especially due to its procedural characteristics of composition, it makes up an institute that pretends to be a justifiable mechanism for controlling the activity of legislatures and other federative entities (*checks and balances*). This is a modest justification, but in no way diminishes the importance of the role that constitutional courts have in a constitutional democracy - notably that of contributing to the legitimacy of the government project they share with representative institutions.

Key-words: Judicial review; Structural questions; Legitimacy; Jeremy Waldron.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A discussão do trabalho	12
2. Algumas opções metodológicas	16
3. Por que a teoria de Jeremy Waldron?	19
4. A disposição dos capítulos	23
CAPÍTULO I	27
LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA ENTRE LEGISLATURAS E CORTES A PARTIR DE JEREMY WALDRON	
I.1 A objeção democrática ao controle de constitucionalidade	30
I.2 Instinto e respeito ao direito: a legitimidade de legislaturas	34
I.3 O valor da legitimidade democrática: dois pesos e duas medidas	41
CAPÍTULO II	50
QUESTÕES ESTRUTURAIS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
II.1 As questões estruturais e os desacordos valorativos	53
II.2 Controle de constitucionalidade das questões estruturais e a objeção democrática	62
II.3 Questões estruturais e direitos: mesmas características, mesmos problemas	77
CAPÍTULO III	85
SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA JUSTIFICATIVA PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
III.1 A teoria da governança articulada de Jeremy Waldron	87
III.2 Os freios na governança articulada: <i>freios e contrapesos</i> também importam	91
III.3 Uma justificativa modesta para o controle de constitucionalidade	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS	104
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

INTRODUÇÃO

Há uma extensa literatura a respeito do controle de constitucionalidade¹. Grandes nomes da teoria constitucional ofereceram seus argumentos no interior de uma discussão que confronta esse instituto diante de determinados valores políticos. Por esse motivo, qualquer trabalho sobre o tema iria mal se fechasse os olhos para essa circunstância notável e pretendesse oferecer mais do que uma contribuição modesta a esse debate.

A teoria constitucional² levanta duas perguntas diferentes sobre o controle de constitucionalidade, uma que diz respeito ao seu papel e outra direcionada aos seus limites. É o propósito que marca a distinção entre essas duas perguntas - enquanto pela abordagem da primeira, diante de uma perspectiva mais geral, se visa oferecer justificativas para a existência do instituto, no trato da segunda a atenção é voltada para o exercício do poder que é confiado às cortes constitucionais³.

¹„Controle de Constitucionalidade“, „Revisão Judicial“, „Revisão Constitucional“, são os nomes pelos quais o instituto é correntemente identificado. Destaco que, no decorrer do trabalho, quando me referir tão somente ao „controle de constitucionalidade“, estarei me referindo ao controle de constitucionalidade exercido por cortes constitucionais. Aproveito para registrar que emprego na presente dissertação o gênero feminino - um tributo em razão da importância especial da Professora Katya Kozicki na minha formação. Por último, quando de outro modo não estiver indicada, a tradução de toda a bibliografia estrangeira utilizada terá sido realizada de modo livre.

²Conrado Hübner Mendes compreende por teoria constitucional “o conjunto de obras que, principalmente a partir do século XX, passaram a analisar de forma mais sistemática as constituições escritas dos estados nacionais” e nelas observa uma “reflexão mais desenvolvida no campo do direito, majoritariamente em defesa do controle de constitucionalidade”. Ver MENDES, Conrado H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 01. Acolho sem muitas reservas essa definição, mas é importante registrar que considero Jeremy Waldron, autor que é referência central para o presente trabalho, como um teórico filiado a essa tradição - bem verdade que cético a respeito do controle de constitucionalidade como também crítico de uma concepção de constitucionalismo que iguala essa doutrina apenas à limitação de poder político, mas que não afasta a assunção de que a filosofia produzida pelo autor é dirigida à prática institucional de democracias constitucionais. Ver, nesse sentido, especialmente, WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: A Skeptical View*. Philip A. Hart Memorial Lecture. 4, 2010. Disponível em (<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>). Acesso em janeiro de 2016.

³Não afasto que a separação entre essas duas questões é controversa e, desde já, registro que, embora assumindo essa distinção, não quero com isso veicular o entendimento de que são questões dissociadas. Contudo, a distinção que lanço mão é de uso corrente na literatura constitucional, principalmente quando presente o objetivo teórico de caráter geral quanto à abordagem dos valores que justificam o controle de constitucionalidade. É possível observar esse manejo tanto em trabalhos mais clássicos como também em trabalhos mais recentes. Ver, nesse sentido, CHOPER, Jesse. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*. New Orleans: QPB, 2013 (1980), KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: OUP, 2017 e LINARES, Sebastián. *La (I)Legitimidade del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Esse último autor, por exemplo, possui o entendimento de que o controle de constitucionalidade não encontra justificativa em uma democracia constitucional, o que não impede de observá-lo como um instituto bem estabelecido e, por tal razão, desenvolver uma teoria do “uso correto” do poder confiado às cortes constitucionais. Agradeço à Professora Clarissa Gross pelos comentários críticos a respeito desse ponto do trabalho e que me impulsionaram a desenvolver essa explicação.

O debate teórico sobre o controle de constitucionalidade dá relevo às questões dos direitos e é nutrido pela controvérsia a respeito de qual instituição, em sistemas constitucionais, tem justificadamente o poder de dizer os direitos que as cidadãos possuem. De um lado, os direitos humanos se constituem como fundamentos desses sistemas e, de outro, legislaturas, constituindo-se como o foro representativo de tomada de decisões políticas, são observadas como a expressão do ideal de autogoverno.

Sirvo-me, na presente dissertação, da abordagem de uma discussão mais recente a respeito do controle de constitucionalidade a partir da teoria elaborada por Jeremy Waldron⁴ e trato especificamente da pergunta a respeito do papel desse instituto. Nessa abordagem me ocuparei de uma questão aparentemente pressuposta, mas não discutida abertamente: a ideia de que as questões dos direitos e as questões que envolvem os poderes, competências e estruturas das instituições governamentais,- questões que chamarei de „estruturais“⁵-, suscitam tratamentos teóricos distintos quanto ao debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, abordando uma posição teórica peculiar que concede razões favoráveis para um papel justificável do instituto com relação às questões estruturais e do mesmo modo não procede quanto às questões dos direitos, pretendo argumentar que tal posição teórica sofre de incoerência, na razão de que essas duas questões apresentam as mesmas características para aquilo que é relevante quanto à discussão sobre o papel do controle de constitucionalidade. Ainda, assumirei que o tratamento teórico conjunto dessas questões disponibiliza uma justificativa mais adequada para o instituto em razão de que essa compreensão mira uma base comum de razões para o poder que por meio dele é atribuído às cortes constitucionais.

⁴Como apresentarei logo na sequência, minha atenção estará em buscar compreender a teoria de Jeremy Waldron a favor da legitimidade de legislaturas e oferecer a ideia de que essa teoria robustece, ao invés de enfraquecer, um papel justificável a ser cumprido por cortes constitucionais. Mais à frente também exponho as razões para a opção de utilizar esse autor como o principal referencial teórico desse trabalho.

⁵Refiro essa posição teórica ainda nesta introdução. Já a definição de “questões estruturais” que utilizo é influenciada pela que foi oferecida por Adrienne Stone. Ver, nesse sentido, STONE, Adrienne. *Judicial Review without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, N. 01 (2008), pp. 1-32. Desde já, acredito que seja necessário destacar que o presente trabalho não versa sobre aquilo que o Professor Owen Fiss chamou de “questões estruturantes” e “litígios estruturais”. O tema abordado pelo Professor Fiss refere-se a casos de ampla repercussão política onde a decisão de uma corte constitucional demanda a atuação de toda estrutura estatal para solucionar problemas profundos ou „endêmicos“ de uma determinada realidade (como é o caso de decisões relacionadas ao sistema carcerário norte-americano). Ver, nesse sentido, FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Essa introdução divide-se em quatro partes e está estruturada da seguinte forma. Exponho na primeira parte (1) o tipo de discussão que o presente trabalho suscita e, em seguida, (2) as opções metodológicas realizadas. Abordo na terceira parte (3) o porquê da utilização da teoria de Jeremy Waldron como referencial teórico central e, por último, enfatizando a relevância do tema abordado, (4) apresento o modo como estão dispostos os capítulos do trabalho.

1. A discussão do trabalho

Atualmente há uma vasta e talvez inesgotável literatura sobre o controle de constitucionalidade. Não acredito que isso se dê por mero preciosismo intelectual ou qualquer coisa que o valha – essa alta quantidade de produção teórica reflete, na verdade, a preocupação das pessoas em torno de algo que realmente tem impactado as suas vidas, além de também indicar que a persistência do debate quanto à justificativa do instituto é sinal da sua dificuldade.

Talvez a mais importante decisão oriunda do uso do controle de constitucionalidade ainda esteja em *Brown vs. Board of Education* (1954)⁶, nos Estados Unidos. O caso *Brown* foi o início do desmantelamento do sistema oficial de segregação racial naquele país. Além do feliz impacto prático⁷, a decisão em *Brown* repercute com grande intensidade na teoria constitucional, sendo vista como um ideal pelo qual toda teoria a respeito desse instituto deve conformar-se. Diversos constitucionalistas, especialmente nos Estados Unidos, assumem que caso determinada teoria não se adeque ao que restou decidido em *Brown*, podemos dizer que estamos diante de uma má teoria a respeito do controle de constitucionalidade⁸.

O caso *Brown* propicia uma boa amostra da discussão teórica a respeito do instituto e de como o significado dos direitos (e quem tem legitimidade para estabelecê-los) assume papel central nessa discussão. Defensoras do instituto sustentam que o controle de

⁶347 U.S 483 (1954)

⁷Registro que não estou fazendo um julgamento profundo sobre o caso e sua completa relevância prática no contexto da segregação racial nos Estados Unidos. O registro de *Brown*, como a seguir apresentarei, é importante para os meus propósitos em razão do argumento de que o debate sobre a legitimidade do instituto é voltado predominantemente para as questões dos direitos. Para uma crítica quanto à relevância prática do caso *Brown* no contexto da discriminação racial em solo norte-americano, ver, especialmente, ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: UCP, 1991.

⁸A partir dessa ideia, Michael Perry, ao abordar o trabalho de Charles Thayer, comenta que “(...) qualquer teoria do controle de constitucionalidade, *thayeriana* ou não, que falha em justificar corretamente – a legitimidade – da histórica decisão em *Brown* é profundamente problemática”. PERRY, Michael. *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court*. Cambridge: CUP, 2009. p. 183.

constitucionalidade é forjado para a proteção de determinados direitos que não podem ser violados nem mesmo por qualquer disposição legislativa como se dá no caso de uma prática discriminatória racial injusta. Já as suas opositoras, talvez concordando com o fato de que um regime de segregação racial viola direitos, não cedem da ideia que o instituto imprime um desrespeito às cidadãs ao retirar destas últimas a possibilidade de que, em um foro representativo, decidam sobre uma questão moral sensível da comunidade política que fazem parte. Desse modo, no debate teórico, é possível notar que os argumentos favoráveis ou contrários ao controle de constitucionalidade foram produzidos numa discussão que tem como foco principal o significado dos direitos e o papel das instituições em uma democracia constitucional.

Contudo, torna-se interessante observar que o controle de constitucionalidade não lida apenas com questões dessa natureza. Isto é, cortes constitucionais não lidam somente com casos relacionados aos direitos como foi o tão importante *caso Brown*. Em grande parte das democracias constitucionais, essas instituições, no exercício do controle de constitucionalidade, também desempenham a função de árbitras de conflitos federativos e institucionais e, desse modo, tratam de disputas que envolvem não apenas o significado dos direitos, mas dizem respeito ao significado da própria estrutura governamental e os valores que a justificam⁹.

É curioso que mesmo estando relacionadas a um tão importante papel, questões estruturais não assumem prestígio no debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade¹⁰. Mesmo aquelas que se opõem ao instituto nas questões dos direitos, não suscitam qualquer desconforto com o controle de constitucionalidade das questões estruturais. Por esse entendimento, contestar a legitimidade do controle de constitucionalidade nas questões dos direitos não seria incoerente com a concessão de razões favoráveis ao instituto na resolução de questões estruturais. Em sede da literatura constitucional, essa posição teórica peculiar pode ser vista na que é assumida por Learned Hand¹¹.

⁹Disposições que tratam da estrutura governamental estão presentes em diversas constituições escritas e tratam da alocação de poder institucional entre poderes, entes federativos e órgãos governamentais, sendo que cortes constitucionais regularmente decidem sobre seus significados no exame de constitucionalidade das leis. A Constituição brasileira é farta com disposições desse tipo como, por exemplo, a que estabelece que „o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” ou a que determina que „compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar Ministro de Estado”.

¹⁰Em sentido muito similar, ver especialmente o capítulo primeiro de REDISH, Martin H. *The Constitution as Political Structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

¹¹HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: HUP, 1962. Esse texto de Hand, que se constitui de “leituras” em homenagem a Oliver W. Holmes, condensa a sua posição no que diz respeito ao que o autor compreende

Rejeitando a ideia de que a Suprema Corte devesse controlar atos legislativos a partir dos seus méritos no tocante aos direitos, Hand defendia o controle de constitucionalidade apenas na necessidade de resolver disputas entre instituições (Congresso, Presidente, etc) ou para o caso de verificar se o ato legislativo de algum Estado federativo “ultrapassou os limites” de sua autoridade¹². Da posição desse autor se poderia conceber então que (1) o problema da legitimidade do controle de constitucionalidade das questões estruturais é de natureza diversa daquele que surge na esfera dos direitos e, por essa razão, (2) não seria incoerente que alguém (como Hand) defendesse a legitimidade do instituto em controvérsias institucionais e o repudiasse na esfera dos direitos. E se questionássemos tal posição quanto à sua suposta incoerência? E se pudéssemos dizer a esse autor que as razões que avança em defesa da legitimidade das cortes constitucionais como árbitras federativas (ou institucionais) vincula razões favoráveis para a defesa do instituto nas questões dos direitos? Certamente são questionamentos que esse saudoso juiz americano, infelizmente, não poderia mais nos responder, mas acredito que são questões sérias que podem ser avançadas no debate teórico.

Thomas Bustamante oferece razões que certamente deixariam Hand em uma posição mais confortável¹³. Ao tratar do controle de constitucionalidade, mais especificamente daquele que seria seu modelo forte), onde uma lei é invalidada por uma corte constitucional, o autor busca apoio na teoria da autoridade de Joseph Raz¹⁴.

De acordo com a teorização de Bustamante, cortes constitucionais oferecem razões excludentes ao revogarem determinada legislação e encerrarem a deliberação sobre os atos regulados no bojo da legislação revogada, pois não apenas substituem as razões para agir

como o papel de uma corte constitucional, muito particularmente a Suprema Corte americana. Registro que no último capítulo desse texto, Hand concede que em circunstâncias excepcionais a Suprema Corte, tendo como norte a ideia de direitos, deve intervir e controlar os atos legislativos.

¹²Ronald Dworkin resume a posição desse famoso juiz americano do seguinte modo: “Hand pensava que os tribunais só devem tomar para si a autoridade suprema na interpretação da Constituição quando isso é absolutamente necessário para a sobrevivência do Estado – quando os tribunais devem servir de árbitros entre os outros poderes do Estado, sob pena de cair-se no caos das divergências sobre competência e jurisdição. Nenhuma necessidade desse tipo obriga os tribunais a comparar os atos do legislativo com os princípios morais da Constituição, e por isso Hand pensava que os juizes não devem reivindicar para si essa autoridade”. Ver DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 12

¹³BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016. p. 29-69.

¹⁴A teoria da autoridade de Joseph Raz é uma teoria sofisticada que busca explicar a autoridade do direito, mas não é meu propósito aqui (e também durante o trabalho) abordá-la. Estou preocupado nesse momento com o modo como o argumento é conduzido por Bustamante no tocante às questões estruturais e de como ele é ilustrativo da compreensão de que tais questões apresentam características diferentes das questões dos direitos no tocante à justificativa para o controle de constitucionalidade.

que a lei revogada fornecia às cidadãs como também fornecem uma razão para que essas últimas não ajam segundo a balança de razões” da própria lei invalidada¹⁵. Quando uma corte constitucional “anula um ato do parlamento que foi devidamente promulgado”¹⁶, Bustamante compreende que a decisão impede a abertura de novos argumentos a respeito das razões já substituídas. É a partir dessa ideia que o autor reflete sobre a disputa entre entes federativos, um dos tipos de conflitos que envolvem as questões que nomeiei como „estruturais”.

A indagação movida por Bustamante é relacionada à capacidade do modelo teórico *raziano*, - modelo que para o autor melhor explica o que se dá nos casos do modelo forte de controle de constitucionalidade-, também se aplicar aos casos em que há uma disputa entre entes federativos. O autor afasta a preocupação em torno dessa indagação. A razão que avança para esse entendimento é a de que, especificamente a respeito desses casos, considera a justificativa do controle de constitucionalidade como não tão intrusiva na vontade do povo tal como acontece nas questões sobre direitos, sendo esses últimos os casos que o autor considera como sendo os casos centrais do controle de constitucionalidade¹⁷.

A compreensão de Bustamante é a de que na solução de disputas entre entes federativos há apenas (1) uma necessidade inamovível de decisão, sendo que nesses casos (2) não está em jogo qual é a melhor resposta para uma controvérsia moral, mas meramente a questão de qual esfera governamental possui autoridade para decidir. Mesmo não negando a existência de uma semelhança aparente entre questões estruturais e as questões dos direitos, o autor entende que não há identidade entre elas, pois a sua compreensão é a de que nas primeiras questões uma corte constitucional “não resolve [um] desacordo razoável sobre uma questão de direitos e [ainda] carece de autoridade para estabelecer de modo final a solução para o desacordo em jogo”¹⁸.

Acredito que os argumentos acima indicados sugerem que o „problema” do controle de constitucionalidade das questões dos direitos é de natureza diversa daquele que surge nas questões estruturais e, por esse sentido, avalizariam a posição teórica assumida por Hand, no sentido de que não haveria incoerência teórica naqueles que repudiam o instituto nas

¹⁵BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016. p. 41

¹⁶*Ibid.*, idem.

¹⁷*Ibid.*, idem.

¹⁸*Ibid.*, idem.

questões dos direitos e o acolhem nas questões estruturais em razão de que essas questões apresentam características distintas.

De modo contrário a esse entendimento, pretendo apontar no presente trabalho que não há nenhuma diferença qualitativa entre as questões estruturais e as questões dos direitos no tocante à pergunta a respeito do papel do controle de constitucionalidade e, por esse motivo, ao menos nesse tema, a justificativa para o instituto relacionada a essas questões deve receber mesmo tratamento teórico. A estratégia para o desenvolvimento desse argumento será duplo. Primeiro, pretendo suscitar a ideia de que controvérsias institucionais e federativas levantam desacordos morais a respeito da melhor decisão a ser tomada tal qual acontece nos casos que envolvem direitos. Segundo, a partir dos argumentos desenvolvidos por Adrienne Stone a respeito das implicações da objeção de Jeremy Waldron no tocante às questões estruturais, apresentarei razões que indicam que estas despertam o mesmo tipo de “problema” que as opositoras do controle de constitucionalidade suscitam para o instituto em face das questões dos direitos.

Se os “problemas” que surgem nas questões estruturais são de mesma natureza daqueles que surgem nas questões dos direitos, acredito que podemos avançar a ideia de que (1) uma opositora do controle de constitucionalidade apenas é coerente com a posição que defende se mantiver a sua oposição nas duas questões e, de modo mais importante para o propósito que mantenho no trabalho, (2) compreendermos que uma justificativa adequada para o controle de constitucionalidade mira uma base comum de razões para o poder que é confiado às cortes constitucionais seja esfera dos direitos seja na esfera estrutural.

Diante dessa compreensão, buscarei oferecer uma justificativa teórica para o controle de constitucionalidade, apontando que a preferência por legislaturas ou cortes constitucionais na solução de controvérsias sensíveis da comunidade política, seja relacionada às questões dos direitos ou às questões estruturais, ofusca a consideração de que essas instituições participam de um projeto comum com instituições representativas. Nesse sentido, conforme pretendo apresentar, principalmente em razão de suas características peculiares de composição, cortes constitucionais têm um justificável e relevante papel a desempenhar em democracias constitucionais.

2. Algumas opções metodológicas

Questões metodológicas não costumam aparecer na superfície de trabalhos de teoria constitucional. São questões que não se colocam diretamente sobre o que certa regra

constitucional exige ou como determinada instituição, em dada circunstância, deve agir. Miram, na verdade, no próprio método que se faz uso para extrair respostas aos problemas abordados¹⁹. São questões embaraçosas que, talvez, por exigirem uma boa dose de abstração, podem conduzir à impressão de que as questões que realmente importam (como os aspectos substantivos que se visa responder em um trabalho) estão sendo deixadas de lado.

Dada a interligação entre o seu objeto – „direito constitucional” – com diversos outros campos de estudo, não é surpreendente que, de maneira igual ao que acontece nas questões substantivas, não haja consenso entre os constitucionalistas sobre uma metodologia adequada a ser utilizada em um trabalho da área²⁰. Pretender resolver tais discordâncias parece um caminho pouco frutífero em uma área do conhecimento que é tão plural e que, justamente por tal razão, oferece não apenas a possibilidade de ser abordada a partir de pressupostos metodológicos diferentes como também suscita que isso se dê dessa maneira²¹. Contudo, se de um lado resolver tais discordâncias se apresenta como um empenho vão, de outro, acredito ser importante apresentar algumas opções metodológicas nas quais os argumentos desse trabalho são lançados, na razão de oferecer um entendimento adequado – das vantagens, desvantagens e limites – da abordagem teórica realizada.

No presente trabalho tenho o propósito de compreender e avaliar uma parcela dos argumentos teóricos lançados em defesa e crítica ao controle de constitucionalidade bem como, diante dessa abordagem, oferecer uma justificativa para o instituto. Dois atributos metodológicos mais centrais balizam esse objetivo, notadamente o de que (1) se trata de um estudo que aborda teorizações normativas e se serve de um (2) enfoque geral sobre a relação entre legislaturas e cortes constitucionais.

¹⁹KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

²⁰Como expressa Nicholas Barber, apesar de bem estudada, há longo tempo e por diversas maneiras, em várias universidades espalhadas pelo mundo, a teoria constitucional sofre de uma “crise de identidade” que a expõe a uma consequência perniciosa: “a falta de um acordo mínimo quanto aos critérios que podem ser utilizados para avaliar o que seja um bom argumento teórico”. Ver BARBER, Nicholas. *The Constitutional State*. Oxford: OUP, 2010. cap.01.

²¹*Ibid.*, idem. Barber desenvolve o argumento nesse livro de que não pretende resolver tais discordâncias e nem mesmo defender que apenas um determinado método é adequado para tratar de problemas de direito constitucional. Contudo, o autor avança a ideia de que há uma precedência do que denominou como “metodologia interpretativa da teoria constitucional”. O argumento sugere que mesmo estudos empíricos, importantes para a compreensão do direito constitucional, envolvem a demanda de uma tarefa interpretativa. Segundo Barber, “os mais simples fenômenos sociais como reportar a contagem de votos, requerem a atribuição de significado do que é efetivamente essa ação e do próprio conjunto de regras que a envolve”. Não pretendo me aprofundar nesse tipo de disputa, mas compreendo que os autores abordados durante o trabalho elaboram argumentos em defesa ou contra o controle de constitucionalidade, lançando mão de interpretações da prática constitucional e realizam avaliações das instituições a partir de padrões que acreditam justificar a existência dessa prática.

Primeiro, vincular o presente trabalho como relacionado a um „estudo normativo“ implica a consideração de que as autoras participantes do debate teórico não têm como interesse averiguar se o controle de constitucionalidade é aceito ou não em determinada prática social. Na verdade, os argumentos foram (e são) produzidos em um ambiente que trata o questionamento quanto à legitimidade do instituto como um problema de justificativa²² e por isso rejeita que essa questão esteja encerrada pelo fato de que o controle de constitucionalidade é uma realidade consolidada em diversas democracias constitucionais. Portanto, a questão principal que se perquire é se as razões que são oferecidas contra ou a favor do controle de constitucionalidade são sustentáveis diante dos valores compartilhados na experiência constitucional²³. Especialmente relacionada às cortes constitucionais, a importância dessa busca é que ela possibilita o oferecimento de razões pelas quais podemos compreender a tarefa dessas instituições diante da disponibilização de um ideal pelo qual podemos também avaliá-las²⁴.

Ao conferir enfoque geral para a relação entre cortes constitucionais e legislaturas, o presente trabalho se vale do atributo de generalidade e se desliga de uma atenção pormenorizada para as características específicas de um sistema constitucional particular. Nesse caminho, foge das especificidades de cada desenho institucional com a finalidade de avançar na abordagem dos argumentos a respeito desse instituto a partir de um quadro mais

²²Richard Fallon Jr traça uma distinção entre três espécies de legitimidade, a jurídica, a sociológica e a moral. Segundo o autor, os dois primeiros conceitos são factuais e envolvem o que as pessoas pensam sobre o que é legalmente ou moralmente legítimo (aquilo a que elas efetivamente dão apoio), enquanto que o último conceito é valorativo e envolve avaliações sobre o papel de determinadas instituições, o que também tem impacto nas obrigações que elas possuem. O presente trabalho se aproxima da perspectiva da legitimidade nesse último sentido referido. Ver, nesse sentido, FALLON JR, Richard. *Legitimacy and the Constitution*. Harvard Law Review, vol 118, abril/2005. p.1852.

²³Na nossa realidade, por exemplo, o texto constitucional atribui a tarefa de árbitro federativo (subespécie de questões estruturais) ao Supremo Tribunal Federal. (Ver, nesse sentido, o artigo 102, inciso I, alínea e, da Constituição Federal de 1988). Contudo, no debate teórico de cunho normativo a mera „existência“ dessa atribuição não faz compreender esse procedimento como justificável. Um exemplo pode ajudar: poderíamos imaginar uma constituição, promulgada com apoio de todas as cidadãs, que criasse um procedimento que atribuísse todos os poderes governamentais a uma só pessoa; certamente a existência e apoio a esse procedimento não nos impossibilitaria de apresentar as razões pelas quais essa atribuição não é condizente com os valores compartilhados por essa comunidade e, por essa razão, manifestarmos que esse procedimento é injustificável.

²⁴Na seção seguinte, ao explicar a utilização da teoria de Jeremy Waldron como referencial teórico central do trabalho, abordo a relevância de trabalhos normativos. A respeito da importância de um ideal pelo qual podemos dispor para avaliar instituições, Joseph Raz, referindo-se às autoridades legítimas, - aquelas nas quais o autor acredita estar justificado a reivindicação que fazem de obediência às suas diretrizes -, considera que estas apenas podem ser compreendidas a partir do que chama „exercício ideal de autoridade“. Isto em razão de que “é assim que se espera que elas ajam, é assim que elas reivindicam publicamente que estão tentando agir e (...) é assim que elas justificam normalmente sua autoridade (isto é, em não assumir que são sempre bem-sucedidas ao agir dentro da maneira ideal, mas pela razão de que elas assim agem com frequência o bastante para justificar seu poder), e, naturalmente, as autoridades são julgadas e seu desempenho avaliado ao serem comparados com o ideal.” Ver, nesse sentido, RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: OUP, 1986. p. 47.

geral em que ele é reivindicado. O atributo aqui empregado se aproxima muito ao que a professora Rosah Russomano há longa data veiculou quando definiu essa metodologia como „Direito Constitucional geral” onde, embora próximo do Direito constitucional comparado, “conserva sua individualidade e com o mesmo não se confunde”²⁵ - para a professora pelotense, esse enfoque se preocupa com princípios gerais inerentes ao Direito Constitucional moderno e se diferencia do „Direito Constitucional comparado”, método que a autora entendeu ser ligado à comparação “no espaço ou no tempo” de instituições de sistemas constitucionais.

Acredito que é esse atributo de generalidade que permite a avaliação dos argumentos lançados no debate teórico internacional. Diante desse aspecto, a própria definição que me utilizo para o controle de constitucionalidade é balizada por esse enfoque, uma vez que, existindo uma variedade de definições teóricas para o instituto, essas variadas definições se seguem, dentre outras razões, da multiplicidade de arranjos institucionais que o acomodam de maneira particular. Contudo, seguindo uma metodologia que releva o atributo de generalidade, torna-se possível compreendê-lo como o exame de compatibilidade de leis elaboradas por legislaturas democraticamente eleitas por um tribunal composto por integrantes não eleitas democraticamente²⁶.

Entendo que essa definição, apesar de módica, captura dois pontos que merecem registro quanto ao debate teórico sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, (1) a produção teórica ter sido dirigida predominantemente, tanto em defesa como crítica, para o terreno da relação entre cortes constitucionais e legislaturas e (2) a importância do valor da legitimidade democrática como medida da avaliação da legitimidade dessas duas instituições. No decorrer do trabalho, essa relação e também a pergunta pela legitimidade do controle de constitucionalidade assumirão destaque, pois a crítica dirigida a esse instituto que será objeto de análise parte justamente do entendimento de que, se melhor compreendermos o trabalho realizado por legislaturas, enxergaremos a ilegitimidade do instituto - essa é a crítica de Jeremy Waldron e na próxima seção apresento as razões para utilizar a teoria desse autor como referencial teórico central desta dissertação.

3. Por que a teoria de Jeremy Waldron?

²⁵RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

²⁶A definição que utilizo é muito próxima da que foi utilizada pelo professor Conrado Hübner Mendes em seus trabalhos. Ver, nesse sentido, MENDES, Conrado H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008 e MENDES, Conrado H. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Afirmar logo no início desta introdução que utilizaria a teoria de Jeremy Waldron como referencial teórico central do trabalho. Penso seja necessário um tópico em particular para apresentar as razões dessa escolha pelo motivo de que há várias teorias a respeito da legitimidade das instituições e certamente a teoria desse autor é mais uma que se propõe a abordar esse tema. Além disso, apesar de ter uma produção ampla a respeito de outros assuntos²⁷, Jeremy Waldron é justamente conhecido (de forma ampla) por ser um dos críticos mais ferrenhos do controle de constitucionalidade²⁸.

Ora, não seria controverso que um trabalho que versasse sobre o controle de constitucionalidade tivesse como sua principal referência teórica o projeto filosófico de um autor que não “permite” o instituto? Penso que essa pergunta é fundada em um mau entendimento do que são trabalhos filosóficos de maneira geral, e especialmente, trabalhos relacionados à filosofia política ou à filosofia (da política) do direito.

Primeiro, filósofas e filósofos dessa área não são investidos de poder. Não são elas e eles, por exemplo, que estão nas tribunas de legislaturas ou vestem a toga. Apesar de trivial, essa ideia auxilia a compreensão de que filósofas do direito (a exemplo de Waldron) não „permitem“ ou „deixam de permitir“ nada. Na realidade, ao fazerem teoria da política, buscam oferecer teorias racionais a respeito de procedimentos e valores circunscritos ao aspecto político da vida em sociedade, lançando mão de conceitos que visam auxiliar o entendimento do que essas práticas implicam²⁹.

²⁷A vasta produção bibliográfica do autor me impede de referi-la completamente em uma nota de rodapé. Mas um tema pelo qual o autor é também amplamente conhecido é o da liberdade de expressão. Ver, nesse sentido, WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: HUP, 2012.

²⁸A descrição de James Allan sobre o trabalho de Waldron é indicadora da importância desse autor na teoria do direito e teoria constitucional. “Imagine por um momento que existe um (...) articulado jurista acadêmico, bem versado em direito constitucional e mais ainda em filosofia do direito (de fato, em filosofia moral e política). Também, imagine que esta pessoa se interessou pelas cartas constitucionais. Ele escreveu extensivamente sobre como tais instrumentos não levam a sério o direito à participação de procedimentos decisórios político-sociais, incluindo decisões sobre direitos e como direitos deveriam ser aplicados e confrontados uns contra os outros. Em outras palavras, ele ofereceu argumentos fortemente fundados em direitos como autonomia e igualdade - argumentos também utilizados por tantos defensores das cartas de direitos - sobre essas mesmas pessoas que defendem a posição privilegiada que tais instrumentos atribuem a juízes não eleitos. (...) Imagine, de fato, que essa pessoa tentou percorrer todos os argumentos realizados a favor de um controle de constitucionalidade forte abaixo de uma declaração de direitos e refutar cada um deles e, para alguns leitores, talvez mais do que alguns, ele tem sido imensamente bem sucedido nessas tentativas. Deixe-me parar. Não há necessidade de imaginar nada acima. Jeremy Waldron é, sem dúvida, o principal crítico das cartas dos direitos escrevendo atualmente e o que eu apresentei não foi mais do que uma descrição abreviada e pouco velada de sua estatura e posição”. ALLAN, James. *The Travails of Justice Waldron in Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. Ed. Grant Huscroft. Cambridge: CUP, 2008. p. 161

²⁹O próprio Waldron esclarece que a filosofia política não é “nem puramente conceitual nem puramente normativa” e é por isso que a relevância de projetos teóricos dessa área não está na assunção do que suas autoras e seus autores „prescrevem“, „permitem“ ou „proíbem“, mas naquilo que buscam oferecer como compreensão do que sejam „problemas“ de caráter político. Waldron diferencia preocupações „normativas“ de preocupações

Claro, não há de se negar que as teorias que oferecem têm um apelo normativo com proposições a respeito do que deveria ser realizado em âmbito prático, mas, ao fazerem „teoria da política“, apresentam de maneira muito mais importante, - na expressão que é de Isaiah Berlin -, afirmações de segunda ordem a respeito de como podemos compreender as práticas humanas, incluídas aí as práticas institucionais³⁰.

Desse modo, podemos compreender que Jeremy Waldron efetivamente reivindica que, cumpridas determinadas condições, a legislação deve ser tratada de maneira distinta em uma democracia constitucional, notadamente como o resultado de uma decisão oriunda de um procedimento que o autor acredita ser moralmente respeitoso diante de todas as cidadãs; reivindica também, principalmente em seus escritos mais conhecidos, que o controle de constitucionalidade é o sinal de desvio de uma sociedade bem ordenada. Contudo, conforme procurarei apresentar, esses apelos estão calcados muito mais em um tipo de reflexão que busca aprofundar que tipo de trabalho legislaturas são pensadas a fazer em uma sociedade política do que numa produção legislativa em particular³¹. Por essas razões, acredito que aquilo que Jeremy Waldron nos oferece, ainda que possa apresentar alguma deficiência (como adiante será argumentado), não se trata de uma espécie de mero „panfleto político“, mas de uma reflexão rigorosa a respeito de uma prática – o procedimento legislativo - que o expõe na condição que normalmente se espera que ele possua.

À luz dessa compreensão, torna-se banal questionar, por exemplo, se Waldron „permitiria“ decisões como *Brown vs. Board of Education* (ou, para um bom exemplar de nossa realidade, a ADPF 132) e, em razão do oferecimento de uma presumida resposta negativa a essa pergunta, compreender o projeto filosófico desse autor, no tocante aos procedimentos decisórios em âmbito político, como um mau empreendimento filosófico de todo. De mesmo lado, rejeitar a crítica de Waldron ao controle de constitucionalidade, como

„prescritivas“ e coloca “que o normativo não desaparece quando nós abandonamos nossa moderna preocupação com o resultado prescritivo final”. Trabalhos filosóficos que tratam de problemas práticos como a responsabilidade no trânsito ou o que implica o direito de propriedade, como reivindica Waldron, podem ser lidos de maneira diferente. “Nós podemos questionar: o que posso aprender sobre a natureza de responsabilidade, ou o que posso aprender sobre a noção de identidade com a ideia de propriedade individual, desse ou daquele artigo, mesmo quando eu discordar com as prescrições de seu autor? Que conexões posso realizar, quais contribuições isso pode fazer para uma compreensão mais profunda do que está envolvido em procedimentos políticos, jurídicos e sociais?”. Ver WALDRON, Jeremy. *What plato would allow*. Nomos, vol. 37, Theory and Practice. 1995, p. 170 (p. 138-178).

³⁰BERLIN, Isaiah. *Ainda existe teoria política?* em *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.126-127.

³¹O próprio Waldron sugere que a sua principal obra não deve ser lida como uma proposta política ou constitucional, mas sob a compreensão de que seu intento é o de “melhorar nossa compreensão das questões em conflito em diversas práticas, instituições e propostas”. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

pretendo fazer, não é o mesmo que dizer que o seu projeto apresenta falhas em todos os seus aspectos ou que não há nada de relevante na contribuição do autor ao debate teórico.

Conrado Hübner Mendes, um crítico do trabalho *waldroniano*, manifestou que “a investida de Jeremy Waldron na teoria constitucional amplia o horizonte no qual a discussão sobre a revisão judicial se entretém e derruba alguns lugares-comuns da teoria constitucional”³². Lawrence Sager, também em um artigo acentuadamente crítico à teorização *waldroniana*, referiu que apesar de interessante e engenhoso, o argumento de Waldron é errado em um “melhor sentido”, pois “quando entendemos o porquê de Waldron estar enganado, entendemos melhor o apelo do controle de constitucionalidade em democracias constitucionais”³³.

De certo modo, pretendo avançar na presente dissertação a ideia desse último autor de modo ainda mais contundente.

Acredito que a teorização de Waldron a favor da legitimidade de legislaturas, no debate a respeito do controle de constitucionalidade, auxilia a compreensão de que a comparação que normalmente é realizada entre essas instituições e cortes constitucionais com base apenas no valor da legitimidade democrática se apresenta como uma comparação descompassada na razão de que nem mesmo legislaturas podem suportar o juízo corrente que se realiza a respeito das cortes constitucionais. Por outro lado, acredito que uma reflexão a partir da objeção de Waldron no tocante ao controle de constitucionalidade das questões estruturais pode nos mostrar que uma justificativa adequada para o instituto deve tratar essas questões de maneira conjunta com as questões dos direitos.

Nessa mesma direção, pode também demonstrar que os esforços teóricos por justificar que cortes constitucionais possuem ou devem buscar legitimidade democrática não se constituem um bom caminho para avançar uma justificativa adequada para o papel dessas instituições e que essa justificativa deve ser perseguida numa compreensão mais ampla a respeito da legitimidade do sistema constitucional como um todo, destacadamente a partir do projeto de governo que essas instituições e legislaturas compartilham. Como pretendo apresentar nesse trabalho, a ausência do valor da legitimidade democrática pode ser considerada uma virtude (e não um vício) para o papel justificável que cortes constitucionais têm a cumprir em uma democracia constitucional.

³²MENDES, Conrado H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 81

³³SAGER, Lawrence. *Constitutional Justice*. Disponível em <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Lawrence-G-Sager-Constitutional-Justice.pdf>. Acesso em janeiro de 2016.

4. A disposição dos capítulos

A presente dissertação está estruturada do seguinte modo.

Nos dois primeiros capítulos abordarei a teoria de Jeremy Waldron com propósitos distintos. No primeiro capítulo abordo a objeção de Waldron ao controle de constitucionalidade e a teoria que o autor desenvolve a favor da legitimidade de legislaturas. Nesse capítulo apresentarei a ideia de que (1) a crítica de Waldron é de ordem comparativa e isto tem a importância de que (2) o acuso de não realizar uma cobrança valorativa simétrica de legislaturas e cortes constitucionais, tal como promete em sua teorização - acredito que essa abordagem tem a relevância de demonstrar que a assunção de ilegitimidade do controle de constitucionalidade apenas a partir da ausência do valor de legitimidade democrática não é consistente, pois, o autor, na teoria que avança a favor de legislaturas, não reconhece a legitimidade dessas instituições como ligada diretamente a esse valor. Ainda no primeiro capítulo, pretendo também apresentar a ideia de que falta por parte de Waldron uma abordagem adequada do conceito de representação que melhor se ajusta às práticas institucionais de legislaturas, conceito que robustece a assunção de que o controle de constitucionalidade não pode ser considerado injustificável apenas em razão da ausência de *pedrigree* democrático. Em síntese, o capítulo oferece a ideia (que posteriormente foi parcialmente reconhecida pelo próprio autor) de que, na questão a respeito da legitimidade das instituições, a “legitimidade democrática não é tudo”³⁴.

Como pude apresentar, na literatura constitucional é possível observar críticas parciais ao controle de constitucionalidade, no sentido de que são apenas direcionadas às questões dos direitos e não às questões estruturais. Questiono e pretendo demonstrar a incoerência dessa posição teórica no segundo capítulo. Inicialmente apresento o papel da regras que conferem poderes à luz do que teorizado por Herbert Hart e Antonio Maués e discorro, a partir de casos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a respeito dos desacordos valorativos implicados na solução de controvérsias em questões estruturais. Depois, a partir dos *insights* de Adrienne Stone³⁵ e da interlocução desta autora com Jeffrey Goldsworthy e Nicholas Aroney, foco nas similaridades que há entre as questões de direitos e as questões estruturais no tocante à objeção democrática movida por Jeremy Waldron. Os argumentos

³⁴WALDRON, Jeremy. *Representative Lawmaking in Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016.

³⁵STONE, Adrienne. *Judicial Review without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, N. 01 (2008), pp. 1-32 e *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal. Vol. 60, n. 01, 2010. p. 109-135.

desenvolvidos nesse capítulo buscarão indicar que no tocante à discussão a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade não há razão que sustente tratamento teórico distinto conferido às questões dos direitos e às questões estruturais.

Apresento no terceiro capítulo uma justificativa para o controle de constitucionalidade. O capítulo inicia com uma abordagem a respeito da concepção do princípio da separação dos poderes fornecida por Jeremy Waldron e visita a crítica dirigida por Dimitrios Kyritsis à concepção *waldroniana*. Apesar da rejeição dos argumentos de Kyritsis quanto à interpretação do argumento de Waldron, abordo a teoria desenvolvida por esse primeiro autor no que diz respeito à justificativa para o controle de constitucionalidade. Ao invés de observar qualquer *expertise* diferenciada por parte de juízas no trato de controvérsias morais, a justificativa empreendida observa no instituto um mecanismo de controle justificável da atividade de instituições representativas (incluindo entes federativos) a partir da característica de composição das cortes constitucionais. Nesse caminho, foca nas virtudes e riscos que legislaturas ostentam em uma democracia constitucional e busca observar as características de cortes constitucionais no propósito de sugerir um papel modesto (mas justificável) para o controle de constitucionalidade.

Por fim, nas considerações finais, realizo uma avaliação das ideias suscitadas e ofereço indagações sobre uma possível abordagem quanto aos limites – e não mais quanto à legitimidade – do controle de constitucionalidade de questões estruturais.

Antes de encerrar essa introdução, é importante referir que, tal como se nota, o presente trabalho tem nítida feição teórica. Trata-se de uma abordagem que procura avaliar as razões que parte dos grandes nomes da literatura constitucional ofereceram para criticar e justificar o controle de constitucionalidade, testando a coerência desses argumentos em diferentes âmbitos (questões estruturais e questões dos direitos) com o objetivo de lançar razões mais adequadas em defesa desse procedimento. Seria razoável então imaginar o seguinte questionamento: que tipo de importância abordagens teóricas desse tipo, normativas e gerais, trazem para os casos concretos que se apresentam no dia-a-dia de cortes constitucionais onde a importância dessas abordagens parecem ficar amesquinhas?

A pergunta lançada no debate teórico ao qual me dirijo nesse trabalho é a que diz respeito à legitimidade do controle de constitucionalidade. Essa pergunta é de índole valorativa e confronta a atuação institucional com os valores compartilhados na experiência constitucional. Porém, uma primeira pergunta: cortes constitucionais enfrentam casos no seu dia-a-dia que envolvem dilemas desse tipo? Certamente nas questões dos direitos, dilemas

desse tipo não cessam de ocorrer, mas nas questões estruturais poderíamos pensar que tais dilemas não acontecem. Um entendimento desse tipo decorreria da ideia de que as cartas constitucionais, a exemplo da brasileira, estabelecem de modo razoavelmente claro as atribuições das cortes constitucionais quanto às controvérsias institucionais - são elas as árbitras institucionais e federativas que devem resolver disputas que se dão nesse nível, não havendo então espaço para que, nessas questões, surja problemas do tipo que é discutido no presente trabalho. Em momento próprio do trabalho abordarei essa ideia, mas gostaria de apresentar já aqui dois casos que aconteceram no interior de uma corte constitucional, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, e que denotam justamente o contrário.

O Supremo Tribunal Federal teve em mãos, na recente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5468³⁶ de 2016, um caso onde restou questionada a redução na Lei Orçamentária Anual, realizada pelo Congresso Nacional, em quantia destinada para a Justiça do Trabalho. Na Constituição brasileira há uma regra que dispõe caber ao Congresso Nacional a apreciação de projetos de lei relativos ao orçamento anual e não há nenhuma regra que disponha da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal revisar os atos do Congresso a não ser a norma de caráter geral que prevê a Corte como guardião da Constituição Federal.

Estava em discussão, nesse caso, o princípio da separação dos poderes a partir do questionamento da legitimidade do Tribunal para intervir na drástica redução realizada pelo Congresso Nacional na Lei orçamentária. Apesar de não acolher o pedido da ação, o Tribunal entendeu por poder revisar o ato do Congresso Nacional, o que, nas palavras de um dos juízes, confirma “uma tendência recentemente intensificada na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal”³⁷ que tem a sua nascente na ADI nº 4.048 de 2008³⁸.

Nesse último caso discutiu-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal revisar ato do Congresso que aprovou Medida Provisória do Presidente da República que criava créditos extraordinários para determinadas despesas. Houve um profundo desacordo que envolveu questionamentos por partes dos juízes sobre (1) o que reivindica o princípio da separação dos poderes em uma República e (2) qual seria o papel do Supremo Tribunal Federal.

³⁶Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.568. Relator Ministro LUIZ FUX, julgado em 29.06.2016, publicado em no DJE e DOU em 16/08/2017.

³⁷A tese deliberada pelo Tribunal, nesse caso por unanimidade, foi a de que “salvo em situações graves e excepcionais, *não cabe ao Poder Judiciário*, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal.” (grifo meu)

³⁸Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048. Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2008, publicado em DJE e DOU em 21/08/2008.

O ministro Joaquim Barbosa afirmou que “numa República deliberativa, o mérito das decisões cruciais tomadas cabe ao Congresso Nacional”³⁹ e assim não “via como” o Tribunal pudesse se substituir ao Congresso Nacional para rejeitar uma Medida Provisória que já tinha sido aprovada pelo foro representativo. Na mesma linha, o ministro Cezar Peluso afirmou: “não podemos assumir tal responsabilidade – e aqui, a meu ver, sai ferido o princípio da separação – porque de algum modo avançaríamos na competência específica tanto do Presidente da República, como do Congresso Nacional (...)”⁴⁰. Porém, essas posições ficaram vencidas. Liderado pelo voto do relator, ministro Gilmar Mendes, o Tribunal, entendendo que se tratava de uma controvérsia institucional⁴¹, tomou a seguinte decisão plenária:

“o Supremo deve exercer sua função precípua de fiscalização e da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia institucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto”⁴².

Certamente esses casos possuem matizes de cunho mais técnico como discussões sobre que tipo de atos legislativos apresentam efeitos concretos ou o que se caracterizaria como “urgência” para autorização de créditos extraordinários, mas gostaria de enfatizar que são casos que apresentam controvérsias sobre questões estruturais, regras que conferem poderes a serem desempenhados por instituições governamentais, e que implicam dúvidas nas próprias juízas sobre qual seria o papel de uma corte constitucional diante desses casos. Penso que é nessa brecha de questionamentos no tema da legitimidade do controle de constitucionalidade que o subsídio teórico pode se mostrar importante e bem-vindo.

³⁹Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048. Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2008, publicado em DJE e DOU em 21/08/2008. Voto Min. JOAQUIM BARBOSA, p. 102.

⁴⁰Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048. Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2008, publicado em DJE e DOU em 21/08/2008. Voto Min. CEZAR PELUSO, p.116.

⁴¹Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048. Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2008, publicado em DJE e DOU em 21/08/2008. Voto Min. GILMAR MENDES, p. 68.

⁴²Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048. Relator Ministro GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2008, publicado em DJE e DOU em 21/08/2008. Trecho da ementa do julgado referido.

“Philosophy works best when we question the obvious”⁴³.

Jeremy Waldron

I. LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA ENTRE LEGISLATURAS E CORTES A PARTIR DE JEREMY WALDRON

Os trabalhos teóricos produzidos por Jeremy Waldron ganharam importância central no debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade. Tornaram-se mais conhecidos o seu livro *Law and Disagreement*⁴⁴ e o seu artigo *The Core of the case against Judicial Review*⁴⁵, textos produzidos em períodos distintos, mas que integram uma agenda peculiar avançada pelo autor. Identificando dois tipos de tarefas na filosofia política, - a de teorizar sobre a justiça como a que busca oferecer concepções a respeito do que é justo e a de teorizar sobre a política como a que se debruça sobre o modo como as pessoas agem diante das diferentes concepções de justiça que possuem -, Waldron desenvolveu nesses trabalhos argumentos que estão orientados para a abordagem do segundo tipo de tarefa⁴⁶.

Não que o autor faça pouco-caso das teorizações sobre a justiça ou mesmo as compreenda como inúteis. Na realidade, Waldron compreende que é na teorização sobre a política que se dá importância para uma das circunstâncias inescapáveis da vida em sociedade, notadamente o fato de que “há muitos de nós, e nós discordamos sobre a justiça”⁴⁷. É nessa tarefa – a de teorizar sobre a política - que o autor observa a ligação com o que denomina de “*general jurisprudence*”, uma espécie de filosofia do direito⁴⁸ que está relacionada às questões da autoridade do direito e que tem a ver com a legitimidade dos procedimentos decisórios estabelecidos nesse âmbito⁴⁹.

⁴³WALDRON, Jeremy. *Legislation by Assembly in Judicial Power, Democracy and Positivism*. Edts. Tom Campbell and J. Goldworthy. NY: Routledge, 2000. p. 251

⁴⁴WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

⁴⁵Publicado originalmente na *Yale Law Journal* em 2006, o texto foi incluído no livro recente do autor *Political Political Theory*, sendo esta a versão que me utilizo nesta dissertação. Ver WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review in Political Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016. p. 195-245.

⁴⁶WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 04.

⁴⁷*Ibid.*, p. 01

⁴⁸Um texto onde o autor aborda mais detidamente a sua compreensão sobre a relação entre a filosofia política e a filosofia do direito pode ser visto em WALDRON, Jeremy. *Legal and Political Philosophy in The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Edits Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. New York: OUP, 2002.

⁴⁹WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 06. Essa distinção que o autor realiza entre uma „teoria geral” e uma „teoria particular do direito” não diz respeito (como o próprio autor busca esclarecer) à distinção largamente conhecida na disciplina de teoria do direito entre uma teoria geral e especial

O interesse de Waldron, portanto, está na teorização sobre os procedimentos criados em âmbito político para resolver desacordos. O que o autor realiza não se trata de um estudo empírico de como as formas de deliberação e decisão realmente acontecem, mas de uma reflexão normativa a respeito dos valores e princípios implicados nesses procedimentos⁵⁰. É essa guinada para abordagem de procedimentos decisórios que o leva à aboragem do controle de constitucionalidade e ao desenvolvimento da sua conhecida objeção a esse instituto.

A objeção *waldroniana* reverbera o debate teórico que há na teoria constitucional a respeito da legitimidade de cortes constitucionais em termos abstratos e comparativos com relação à legitimidade de legislaturas. É importante anotar que, seguindo a tradição desse debate, Waldron não avalia a compatibilidade desse instituto com um sistema de democracia direta ou pura, mas assim procede diante de sistemas constitucionais representativos aos quais somos familiarizados. Conforme refere Jacob Levy, a objeção *waldroniana* é de ordem comparativa (“*comparative institutional evaluation*”), no sentido de que aponta razões que sustentam a legitimidade de legislaturas e, de mesmo lado, confronta tais razões diante das características do controle de constitucionalidade⁵¹. Diante disso, a pretensão de Waldron é a de comparar de maneira simétrica legislaturas e cortes constitucionais.

O presente capítulo aborda essas razões de mão dupla oferecidas por Waldron contra o controle de constitucionalidade. Sem embargo da crítica que será dirigida à teorização desse autor, apresentarei a ideia de que Waldron, ao buscar aprofundar o conhecimento dos valores subjacentes ao procedimento legislativo em legislaturas, nos auxilia na compreensão de que (1) a legitimidade democrática, apesar de relevante, é apenas um dentre muitos valores que justificam a adoção desse e de qualquer outro procedimento em uma democracia constitucional e que, por tal motivo, contrariamente ao que sustenta o autor, (2) o controle de constitucionalidade não pode ser considerado ilegítimo na razão tão somente da ausência desse valor.

A crítica que ofereço à teorização de Waldron é a seguinte: pretendo apontar que o autor realiza um juízo descompassado sobre o controle de constitucionalidade e faz sugerir, inclusive, que a sua crítica ao instituto apenas teria alguma viabilidade caso fosse oferecida a

do direito que se relaciona ao caráter da explicação teórica ser ou não universalizante quanto às características dos sistemas jurídicos.

⁵⁰Ver, nesse sentido, WALDRON, Jeremy. *Political Theory in Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016. p. 01-23.

⁵¹LEVY, Jacob T. *The Constitutional Entrenchment of Federalism in Federalism and Subsidiarity*. New York: New York University Press, 2014. Ver também MENDES, Conrado H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 92: “Waldron tem o propósito de comparar essas instituições “num mesmo nível de consideração normativa („like with like)””.

partir de um modelo institucional democrático direto ou puro, modelo que, como veremos, tanto é explicitamente rejeitado pelo próprio autor como também não se liga ao debate teórico a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade. Na parte da teorização *waldroniana* a respeito da legitimidade de legislaturas torna-se compreensível que nem mesmo estas são instituições que têm legitimidade informada completamente pelo valor da legitimidade democrática.

Acredito que o motivo de Waldron não apontar a legitimidade de legislaturas como oriunda diretamente do valor da legitimidade democrática é o de que, quando do desenvolvimento da teoria a favor da legitimidade dessas instituições, apesar de não existir um aprofundamento teórico por parte do autor quanto a esse assunto, Waldron está atento para a distinção que há na base do conceito de representação entre a vontade das representantes e a vontade das representadas, pois a primeira não se iguala à última. É justamente na base dessa distinção que se encontra a rejeição para a objeção contra o controle de constitucionalidade.

O capítulo está dividido em três seções.

A breve seção inicial (I.1) expõe a conhecida objeção democrática ao controle de constitucionalidade de Waldron, sendo que nela apresento os argumentos oferecidos pelo autor em seu livro *Law and Disagreement* e em „*The Core of the case against judicial review*“, artigo publicado alguns anos após o seu livro. Pretendo oferecer o entendimento de que, apesar de haver mudanças na sua posição original, o autor continua assumindo o valor da legitimidade democrática como central para a objeção que dirige ao instituto. Nesse sentido, torna-se importante observar que a ausência de legitimidade democrática é o valor fundante para crítica *waldroniana* ao controle de constitucionalidade.

Abordo na segunda seção (I.2) a teoria que Waldron desenvolve a favor da legitimidade de legislaturas, especialmente em *Law and Disagreement*, onde considero que o autor separa o seu argumento em duas partes distintas. Na primeira parte, os argumentos são movidos para a explicação do que acredita ser um „instinto“ compartilhado entre as pessoas em atribuir às legislaturas,- instituições representativas com uma grande quantidade de pessoas -, a tarefa legislativa. Para os meus propósitos, me deterei nas razões que o autor oferece para explicar esse instinto, que posteriormente denomina como um “princípio de organização constitucional”⁵², em razão de acreditar que essa explicação demonstra o início do compromisso que Waldron mantém com a ideia de que a própria legitimidade de

⁵²WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 53

legislaturas não está associada diretamente ao valor da legitimidade democrática. Já na segunda parte desta seção, apresento a concepção de respeito ao direito que Waldron endossa a partir da ideia de que a legitimidade das obrigações jurídicas está ligada às características institucionais de legislaturas. O principal objetivo desta seção é o de expor como, nesses dois „momentos“, o autor situa (com parcimônia) o valor da legitimidade democrática no tocante à legitimidade de legislaturas.

A última seção (I.3) possui um teor mais crítico. Apontarei que, de fato, diante do que o autor teoriza a favor da legitimidade de legislaturas, há um descompasso na carga exercida contra ao controle de constitucionalidade apenas a partir da ausência do valor da legitimidade democrática. Acredito que esse modesto apontamento crítico, de ordem mais interno ao projeto teórico do autor, se liga a duas críticas dirigidas à sua objeção, oferecidas respectivamente por Christopher Eisgruber⁵³ e Dimitrios Kyritsis⁵⁴. Essas críticas são as de que Waldron não oferece uma compreensão acurada das instituições representativas e, pela razão de ser esse o argumento que sustenta a sua objeção ao controle de constitucionalidade, tem-se que esta deve ser rejeitada.

Não obstante o capítulo apresente apontamentos críticos a respeito da teoria de Jeremy Waldron, a avaliação empreendida ao final da seção apresenta os aspectos positivos da teoria que o autor desenvolveu a respeito da legitimidade das instituições. Nessa direção, acredito que se sobressai da teoria *waldroniana* a ideia de que o valor da legitimidade democrática, apesar de caro e relevante em uma democracia constitucional, é apenas um dentre outros valores que justificam a adoção de procedimentos decisórios.

I.1 A objeção democrática ao controle de constitucionalidade

A objeção democrática ao controle de constitucionalidade elaborada por Jeremy Waldron é uma objeção de caráter normativo que pretende atingir as bases sob as quais o controle de constitucionalidade é geralmente justificado, notadamente na ideia de que, em uma sociedade democrática, direitos devem ser protegidos e por isso o poder confiado às cortes constitucionais é justificado na razão de que garante essa proteção. O autor desconfia dessa assunção, pois, segundo ele, justificativas dessa natureza omitem o que é inescapável na

⁵³EISGRUBER, Christofer. *Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement*. Journal of Legislation and Public Policy. n. 6 (2002). p. 35–49

⁵⁴KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017

vida política: os desacordos (sobre direitos e toda sorte de assunto moral) que existem entre as pessoas⁵⁵.

Esses desacordos não desaparecem nem mesmo diante de outra circunstância que o autor também detecta como inafastável da vida política: a necessidade de uma ação compartilhada entre as pessoas para o atingimento de diversos objetivos que apenas podem ser satisfatoriamente alcançados mediante práticas coletivas coordenadas⁵⁶.

Waldron nos apresenta a ideia de que, mesmo diante da necessidade acima apontada, desacordos não se dão apenas quando as pessoas estão nutridas por sentimentos perversos ou são ignorantes quanto a determinado assunto. Nesse aspecto, o autor sustenta que, em variados temas, na vida em sociedade, acontecem desacordos razoáveis, rotineiros e de boa-fé entre as pessoas⁵⁷, pois “a vida humana compromete múltiplos valores e é natural que as pessoas discordem sobre a maneira de ponderá-los ou lhes dar prioridade”⁵⁸. Isso implica, na visão do autor, a desnecessidade de suscitarmos ignorância ou má-fé para explicar a existência dos desacordos entre as pessoas.

São os desacordos que, para Waldron, se constituem em impedimento para que qualquer procedimento seja justificado a partir dos seus resultados. Mais do que isso, o autor oferece a compreensão de que negligenciar os desacordos na abordagem teórica do direito se identifica com um projeto que não dá conta de explicar adequadamente que tipo de pretensão o próprio direito reivindica e de quando tal reivindicação é legítima nas sociedades onde os desacordos estão inafastavelmente presentes⁵⁹. O autor compreende que a justificativa para qualquer procedimento deve lidar com a circunstância de que, por hipótese, as pessoas discordam entre si sobre o resultado das decisões. Nesse sentido, a objeção de Waldron contra

⁵⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 01.

⁵⁶ *Ibid.*, p.104-05. A respeito dessa circunstância, Waldron está oferecendo a ideia de que vivemos em comunidade e precisamos tomar decisões em conjunto sobre variados assuntos. Nesse sentido, diversas áreas reivindicam uma ação comum por parte das pessoas. O oferecimento de um sistema de saúde, por exemplo, ou o desenvolvimento de mecanismos coletivos de resolução de conflitos são tipos de empreendimentos que necessitam de uma „ação conjunta” por parte das pessoas e que apenas alcançam sucesso caso assim aconteça. „Coordenação de Conflitos Parciais” é o conceito que Waldron lança mão para designar esse tipo situação em que as pessoas (1) acordam quanto à necessidade de um trabalho comum a ser desempenhado, mas (2) diferem quanto ao resultado do trabalho que será realizado.

⁵⁷ O autor assume nesse ponto as ideias de John Rawls sobre os “ encargos do juízo”. Para Rawls, a ideia de desacordo razoável envolve uma visão a respeito das „fontes” das discordâncias entre as pessoas. Essas „fontes” seriam os „encargos do juízo”, que dizem respeito aos “vários elementos aleatórios implicados no exercício adequado (e consciente) de nossas faculdades de razão e juízo no curso ordinário da vida política.” Ver, nesse sentido, RAWLS, John. *Political Liberalism*. NY: CUP, 1993. p. 55.

⁵⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 112

⁵⁹ *Ibid.*, p. 07 Nesse aspecto, o autor entende que a pretensão do direito é a de ser um esquema regulador das ações das pessoas e que não reside em circunstâncias onde essas pessoas concordam quanto a princípios de justiça ou quanto àquilo que o direito deveria prescrever, mas se situa em reivindicações realizadas “sob a base de princípios que resultam em si mesmos controvertidos na sociedade”.

o controle de constitucionalidade é forjada a partir de um „teste“ que qualquer procedimento decisório necessita passar para ser considerado moralmente justificado e que consiste em contemplar respeitosamente o que o autor conceituou como sendo as “circunstâncias da política”, destacadamente

“(…) a necessidade percebida pelos membros de um determinado grupo de contar com um marco, decisão ou curso de ação comum sobre certa questão, mesmo diante dos desacordos sobre qual deveria ser esse marco, decisão ou ação (...)”⁶⁰.

De acordo com o autor, é justamente nesse „teste“ que o controle de constitucionalidade não passa sem ser considerado como um instituto moralmente desrespeitoso. Para chegar a esse entendimento, Waldron parte da premissa de que (1) a pergunta pelo procedimento decisório a respeito dos direitos é uma pergunta de natureza diferente com relação a quais direitos as pessoas devem possuir, vez que suscita o problema a respeito de “quem decide” sobre esses direitos e reclama justificativas que são independentes dos resultados que um procedimento decisório gera, além do que, (2) se o que se discute são os direitos das pessoas, - direitos que são objetos de desacordos -, para o autor apenas serão legítimos procedimentos que envolvam (e tenham como decisiva) a participação das pessoas as quais se atribui direitos. Disso decorre para Waldron que o direito à participação das pessoas “é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações que os portadores [de direitos] discordam acerca de quais direitos possuem”⁶¹.

É desse modo que Waldron concebe que a atribuição de poder superior de decisão a algumas pessoas para decidir sobre os direitos da comunidade não passa de uma atribuição moralmente injustificada e desrespeitosa com as próprias pessoas dessa comunidade. O controle de constitucionalidade, para o autor, se apresenta como um empreendimento desse tipo - cortes constitucionais são instituições compostas por poucas pessoas que possuem entre suas integrantes os mesmos desacordos que há na sociedade. Segundo Waldron, a escolha pelo controle de constitucionalidade para resolver desacordos ilustra a posição de que

[e]m lugar de outorgar [poder] às pessoas sobre a base de que, depois de tudo, são seus direitos que estão em jogo, poderíamos confiar a autoridade final a uma elite acadêmica ou judicial, sobre a base de que, com maior probabilidade, irá resolver corretamente as questões dessa matéria⁶².

⁶⁰WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 102

⁶¹*Ibid.*, p. 232-233.

⁶²*Ibid.*, p. 244.

Waldron compreende que a própria noção de direitos pressupõe que atribuir direitos às pessoas é “um ato de fé na agência e capacidade para a deliberação moral de todos e cada um dos indivíduos”⁶³. Por tal motivo, argumenta o autor, seria uma atitude incoerente pensar em uma pessoa como portadora de direitos e ao mesmo tempo desconfiar de suas capacidades para deliberar sobre seus direitos. A objeção que o autor veicula contra o controle de constitucionalidade, portanto, é uma crítica baseada em um direito, destacadamente o direito de participação (das pessoas nos procedimentos decisórios que envolvem assuntos que lhes afetam).

Essa objeção movida por Waldron é refinada em alguns pontos importantes no seu artigo *The Core of the case against Judicial Review*⁶⁴. Nesse texto Waldron sustenta a carga do que denomina “objeção central” contra o controle de constitucionalidade forte⁶⁵ (*strong judicial review*) em sociedades onde não existam determinadas “deficiências” culturais - as pessoas tratem grupos minoritários com respeito - e institucionais - os órgãos estatais funcionem adequadamente⁶⁶. Preenchendo uma comunidade tais condições, o modelo de controle de constitucionalidade forte não seria justificado.

⁶³ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 250.

⁶⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review in Political Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016. p. 195-245. Essa é tanto a opinião do próprio autor como de diversos comentadores e críticos do seu trabalho. Ver, nesse sentido, KAUFMAN, A. & RUNNELS, Michael B. *The Core of an Unqualified Case for Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron and Contemporary Critics*, 82 Brook. L. Rev. 2017.

⁶⁵ *Ibid.*, idem. Waldron apresenta a distinção entre dois modelos de controle de constitucionalidade, o modelo fraco (*weak judicial review*) e o modelo forte (*strong judicial review*). Essa distinção tem a ver com a quantidade de poder decisório que é exercitado por cortes. No caso da *strong judicial review*, Cortes exercem autoridade tanto para revogar a legislação, recusando-se aplicar uma lei em um caso particular, como também para modificar o efeito de uma lei para conformá-la com uma concepção de direitos individuais. De outra maneira, no controle de constitucionalidade fraco (*weak judicial review*), os tribunais, ainda podendo deliberar sobre a conformidade da legislação com direitos individuais, não se recusam a aplicá-la. Waldron deixa bem claro que o argumento central que produz é dirigido contra o controle de constitucionalidade em seu modelo forte.

⁶⁶ Acredito ser controverso se as condições culturais e institucionais de uma “sociedade bem ordenada” é algo efetivamente novo na posição que o autor assume contra o controle de constitucionalidade. Em *Law and Disagreement*, Waldron já havia referido que na teoria que desenvolveria a favor da legitimidade de legislaturas, o seu argumento pressuporia que (1) aqueles que participam da criação do direito fazem todo o possível para ocupar-se de boa-fé das questões objeto de desacordos e que também (2) as pessoas votam em seus representantes de boa-fé, tratando as controvérsias que possuem entre si da mesma maneira. Mesmo se desconsiderássemos essas assertivas, não poderíamos deixar de notar que, em *Law and Disagreement*, os argumentos que Waldron oferece a favor da legitimidade de legislaturas com base em uma produção legislativa em particular (como é o caso da legislação sobre o aborto na Inglaterra) são utilizados mais como uma resposta aos argumentos que o autor considera ser endereçados para justificar o controle de constitucionalidade com base em decisões singulares ruins do procedimento legislativo parlamentar do que numa suposta compreensão de que, nessa ou naquela comunidade, cortes constitucionais ou qualquer outra instituição não funcionam “regularmente”.

Tanto a ideia de que o autor passa a admitir a possibilidade de que „razões-relacionadas-ao-resultado“⁶⁷ podem justificar procedimentos decisórios e a relativização da sua objeção quanto aos chamados modelos fracos de controle de constitucionalidade (*weak judicial review*) certamente indicam importantes mudanças na posição que manifestara em *Law and Disagreement*. Porém, para os propósitos do argumento que pretendo desenvolver nesse capítulo, não abordarei o que houve de mudança, e sim o que o autor mantém quanto ao que considera como sendo a objeção „central“ contra o controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, mesmo passando a admitir a possibilidade de que as chamadas “razões-relacionadas-ao-resultado” justifiquem a escolha de procedimentos decisórios, Waldron continua sustentando que as “razões-relacionadas-ao-processo”, razões que dizem respeito ao direito que embasa a objeção ao instituto – o direito à participação democrática – desfavorecem conclusivamente o controle de constitucionalidade⁶⁸. Esse é, portanto, o valor principal que sustenta a objeção que Waldron dirige contra o controle de constitucionalidade. O direito à participação se apresenta em sua teoria como uma resposta respeitosa ao problema de quem decide sobre os direitos, sendo que o controle de constitucionalidade é compreendido como um procedimento que não internaliza esse direito ao atribuir a poucas pessoas o poder de decisão sobre temas sensíveis da comunidade política. Ausente, portanto, qualquer legitimidade democrática para a decisão sobre os direitos das pessoas, o instituto se mostra, em termos *waldronianos*, injustificável.

A objeção de Waldron não permanece em abstrato. A exemplo da tradição teórica que debate a legitimidade do controle de constitucionalidade, o autor oferece razões que contestam o instituto a partir do entendimento de que legislaturas são legítimas para resolver desacordos sobre direitos. Exponho na próxima seção a teoria que o autor desenvolve quanto à legitimidade de legislaturas, pretendendo observar principalmente como o autor situa o valor da legitimidade democrática no tocante à legitimidade das instituições representativas.

I.2 Instinto e respeito ao direito: a legitimidade de legislaturas

A epígrafe desse capítulo diz muito a respeito de que tipo de filosofia, ou melhor, que tipo de perguntas, Waldron se propõe abordar. No entender do autor, embora questões

⁶⁷WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review*. 2016. p. 214-215. Estas são razões que se aplicam a um procedimento decisório pela circunstância de que tal procedimento produza boas ou corretas decisões.

⁶⁸*Ibid.*, idem. Waldron, referindo-se à legitimidade de legislaturas, sustenta que além de cortes constitucionais não possuírem integrantes eleitas democraticamente, existe também uma distinção de *accountability* no tocante à circunstância de que as legisladoras prestam contas às suas eleitoras enquanto juízas não.

óbvias possam suscitar respostas óbvias, a tarefa da filosofia do direito “é questionar o que explica essa obviedade”⁶⁹. Dentre questões dessa natureza, uma é objeto de abordagem por parte de Waldron em *Law and Disagreement* e diz respeito à legitimidade de legislaturas.

Waldron nota que grande parte das democracias constitucionais contemporâneas optaram por instituições representativas, com uma grande quantidade de pessoas, para desempenhar a tarefa legislativa. Em diversos sistemas jurídicos espalhados pelo mundo, “a legislação baseia sua autoridade última como direito no produto de, ou em que sua criação tenha sido autorizada por, uma ampla assembleia popular”⁷⁰. Disso decorre para o autor que parece existir uma espécie de instinto a favor de legislaturas na tarefa de criação e modificação das leis. Nas suas palavras,

“[e]m alguma parte de nossa teoria tácita da legislação se encontra a ideia, uma sorte de instinto constitucional, de que a discussão e a aprovação por parte de um assembleia ampla de representantes é indispensável para que reconheçamos como direito uma medida geral (...)”⁷¹.

Contudo, para o autor, essa sorte de „instinto“ em atribuir a tarefa legislativa a instituições com um grande quantidade de pessoas não tem merecido atenção por parte da teoria do direito⁷². Continua-se no seu entender a oferecer abordagens da legislação a partir de um modelo unitário como se esta fosse produzida por uma única pessoa, o que não guarda relação com (1) a intuição comum que as pessoas compartilham e nem com (2) o modo como a legislação é efetivamente elaborada - por assembleias, compostas por uma grande quantidade de pessoas com conhecimento, interesses, experiências e concepções distintas.

O autor intenta suprir esse desprezo ao buscar oferecer uma justificativa do porquê as pessoas conservam esse denominado „instinto“ a favor de legislaturas. Se se trata de uma questão óbvia, o intuito de Waldron é extrair as razões para tal obviedade. A pergunta „óbvia“ que Waldron está dirigindo é a seguinte: por que as pessoas possuem uma sorte de instinto em atribuir às legislaturas a tarefa de elaborar e modificar as leis? O autor elege em *Law and*

⁶⁹WALDRON, Jeremy. *Legislation by Assembly in Judicial Power, Democracy and Positivism*. Eds. Tom Campbell and J. Goldsworthy. NY: Routledge, 2000. p. 251

⁷⁰WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 49.

⁷¹*Ibid.*, p. 51.

⁷²No entendimento de Waldron, a teoria do direito, e muito particularmente a teoria do direito de matriz positivista, tem sido negligente quanto à abordagem dos procedimentos decisórios que se vale o direito. A acusação *waldroniana* tem a ver com o fato de o autor compreender que os positivistas - mesmo tão conhecidos por defenderem a tese das fontes sociais - negligenciam questões que dizem respeito às estruturas onde são elaboradas as leis, circunstâncias que o autor compreende como imprescindíveis para a compreensão da própria natureza da demanda que o direito reivindica. A tese das fontes sociais é articulada por Joseph Raz e aduz que uma determinada norma é juridicamente válida, não em razão de seu conteúdo, mas em virtude de sua fonte (origem). Ver RAZ, Joseph. *Ethics in Public Domain*. New York: OUP, 1996. p. 21.

Disagreement três ideias como candidatas à resposta: a) o valor da legitimidade democrática; b) a ideia de representação e c) a ideia de maximização da participação popular.

Inicialmente, Waldron tem presente que seria comum associarmos a estrutura de legislaturas e a confiança que as pessoas depositam nessa estrutura com o valor de legitimidade democrática:

“O valor político que se associa de forma mais natural com assembleias modernas e com a autoridade do que produzem (a legislação como direito positivo) é o da legitimidade democrática. (...) A maioria dos estudiosos da legislação consideram que a exigência de legitimidade democrática, sempre que possamos justificá-la, é o melhor argumento que se pode dar em favor da autoridade de uma lei”⁷³.

Contudo, para o autor esse valor não explica por si mesmo a preferência por legislaturas. Haveria na sociedade, em seu entender, credenciais democráticas de variados tipos. O fato, por exemplo, de uma única governante ter sido eleita democraticamente em uma disputa que envolve todas as cidadãs e todos os cidadãos, tal como ocorre em eleições presidenciais, supre facilmente o valor da legitimidade democrática, mas parece não explicar a razão pelas quais há uma confiança a um número bem maior de pessoas (tal como se dá na opção por legislaturas) na responsabilidade pela elaboração de leis. As palavras do autor, nesse sentido, são as de que

“O ideal democrático não explica por si mesmo esta preferência [por assembleias], isto é, não explica porque o respeito pela vontade do povo implica, no caso de um presidente, a eleição de um só indivíduo, ainda que no caso da legislação implica a eleição de um assembleia de várias centenas de homens e mulheres”⁷⁴.

A ideia de representação seria outra candidata a se apresentar como resposta à pergunta manejada pelo autor. Legislaturas são instituições que possuem integrantes eleitas por meio de sufrágio regular e, portanto, traduzem a vontade daquelas que as elegeram. De igual forma ao que foi respondido anteriormente, Waldron entende que a ideia de representação não seria uma resposta que por si própria poderia explicar a preferência por assembleias, no seguintes termos:

⁷³WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 53. Conforme ele mesmo refere em outro lugar, “a explicação que vem de imediato à mente, é claro, é a ideia de democracia: a legislação deve ter legitimidade democrática, e é por isso que é importante que a assembleia seja um corpo grande”. WALDRON, Jeremy. *Legislation by Assembly in Judicial Power, Democracy and Positivism*. Eds. Tom Campbell and J. Goldsworthy. NY: Routledge, 2000.

⁷⁴*Ibid.*, p. 53

“Em teoria, uma grande população pode ser representada por uma só pessoa. A teoria da representação de Hobbes é um exemplo mais conhecido disso: „uma multidão de membros se constitui uma pessoa quando são representados por um homem, por uma pessoa“. Contudo, na prática da atividade legislativa preferimos um tipo de representação que permita a pluralidade de representados conforme uma pluralidade de representantes”⁷⁵.

O último valor abordado por Waldron e que poderia se apresentar como uma explicação plausível do instinto a favor de assembleias seria o compromisso com a participação popular. Segundo o autor, poderia ser colocado que o tamanho de legislaturas seria um sucedâneo da ideia de participação popular⁷⁶ - grandes assembleias maximizariam o número de cidadãos envolvidas no processo de elaboração de leis, implicando no aumento da participação das tais nesse processo. Nesse sentido, o autor argumenta que

“poderia dizer-se que ao insistir na conveniência de contar com grandes assembleias, o que intentamos é maximizar o número de cidadãos envolvidos no processo legislativo. Aceitamos que por razões práticas nem todo mundo pode participar diretamente. Duzentos e cinquenta milhões de pessoas não podem se reunir em uma praça de Washington para elaborar suas leis e ainda quando assim fizessem, seriam incapazes de deliberar. Portanto, poderia prosseguir o argumento, devemos limitar a cifra de legisladores, porém tentando mantê-la o mais elevada possível. Essa é a razão pela qual temos centenas de legisladores, em lugar de uma dúzia”⁷⁷.

Waldron acredita que esse argumento não é sólido. Se parece fazer sentido para a diferença entre o número de pessoas em ramos de poderes distintos, torna-se trivial se a comparamos com o que seria necessário para uma efetiva participação popular em sociedades com um grande número de pessoas. Diante disso, o autor entende que a ideia de participação popular seria extremamente sensível se pensássemos que diferenças tão ínfimas como essas efetivamente importam para justificar o instinto que as pessoas conservam por grandes assembleias. Para dar força ao argumento, Waldron se utiliza do seguinte exemplo:

“se o Parlamento estiver formado por vinte membros, 99,99999% da população dos Estados Unidos em idade de votar não participaria [do processo legislativo] (no sentido requerido pela democracia direta); de fato, ao ter quinhentos membros, apenas 99,99998% fica sem participar [do processo legislativo] (sempre no sentido requerido pela democracia direta)”⁷⁸.

Todas as respostas que o autor supõe serem consideradas para justificar o instinto a favor de legislaturas são rejeitadas por uma única razão de fundo: são insuficientes para

⁷⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 54 *Ibid.*, p. 54

⁷⁶ *Ibid.*, p. 54

⁷⁷ *Ibid.*, p. 55

⁷⁸ *Ibid.*, p. 55

explicar, por si mesmas, esse instinto. Tal como se nota, nem mesmo a legitimidade democrática, um valor comumente associado às legislaturas, é um valor que explica para Waldron o instinto a favor dessas instituições para a tarefa legislativa. E qual seria então a resposta que Waldron fornece em *Law and Disagreement* ao questionamento que ele mesmo avança?

A resposta que Waldron oferece ao questionamento que ele mesmo dirige é pouco precisa⁷⁹. Baseando-se em argumentos históricos, o autor sustenta que a preferência por assembleias legislativas é muito mais antiga que a própria ideia de democracia, sendo que, na sua concepção, “tem muito mais a ver com uma concepção particular de direito e com o que significa que um conjunto de normas constitua direito do território (*law of the land*) ou o direito do povo (*law of the people*)”⁸⁰.

Apesar dessa imprecisão, o autor reforça a ideia de que o instinto a favor de legislaturas tem a ver com a ideia de um procedimento complexo de elaboração das leis e não diretamente diz respeito ao valor da legitimidade democrática, pois apesar de

“que no mundo atual associamos o caráter da assembleia de legislaturas à ideia de representação democrática, em uma concepção mais antiga, que poderia enriquecer a teoria democrática do direito e não ser simplesmente produto dela, se associava a criação legislativa a um processo que colocava uma proposta legislativa diante da complexidade e multiplicidade de pessoas, regiões, relações e circunstâncias às que a lei proposta deve ser aplicada”⁸¹.

Acredito que o oferecimento de uma resposta pouco aprofundada em *Law and Disagreement* a um questionamento que o próprio Waldron declarou ser tão importante tem a ver com o fato dele ter dirigido mais atenção à concepção de autoridade do direito que endossa – a denominada concepção de respeito ao direito –, sendo que a ela confiro atenção até o final desta seção.

Em razão da presença inescapável de desacordos na vida em sociedade, Waldron sustenta ser normal que a pretesão de autoridade do direito lide com a circunstância de que as pessoas divergem com aquilo que por meio dele é estabelecido. As „circunstâncias da política“ fazem o autor argumentar que a única via de legitimidade quanto à imposição de obrigações jurídicas se dá por meio dos procedimentos onde estas são produzidas, pois, por

⁷⁹O autor tenta conferir maior precisão a essa resposta em texto posterior, suscitando outros valores que justificariam o instinto constitucional que paira sobre legislaturas. Ver, nesse sentido, WALDRON, Jeremy. *Representative Lawmaking in Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016.

⁸⁰WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 55

⁸¹*Ibid.*, idem.

hipótese, essas obrigações são dirigidas a pessoas que pensarão ter boas razões para entender que é equivocado aquilo que lhes é exigido. Já abordei como Waldron observa o controle de constitucionalidade e de como o compreende como um procedimento moralmente desrespeitoso em razão de não estar amparado pela participação democrática. Como então o autor compreende o procedimento legislativo em legislaturas?

Para Waldron, legislaturas são instituições que se valem do voto majoritário, um procedimento que para o autor não é apenas técnico, mas também respeitoso ao direito de participação democrática em dois momentos distintos. Primeiro, para a composição de suas integrantes é realizada uma votação majoritária entre as cidadãs para definir aquelas que serão suas representantes. Nesse sentido, Waldron sustenta ser atribuído um peso igual de decisão a cada pessoa na escolha sobre quem representará os interesses de todas. Segundo, a deliberação parlamentar, situada em um ambiente moralmente heterogêneo e representativo, ocorre também mediante o voto majoritário, o que confere peso de igual de decisão às representantes no ofício da representação dos interesses das cidadãs⁸².

Waldron sustenta que esse procedimento, além de atribuir peso igual de decisão a cada participante, é também arbitrário⁸³ quanto às razões que as pessoas possuem para escolha de determinada opção no debate sobre determinado tema, demonstrando respeito com as posições de cada participante. Se as pessoas A, B e C pretendem atuar em conjunto sobre a matéria M, mas A pensa ser adequada a decisão X e as demais pensam ser adequada a decisão Y, apenas a eleição de um método de decisão que seja „arbitrário“ quanto às razões que cada participante possui a respeito da matéria M, consegue, no entender de Waldron, oferecer uma resposta comum por parte dessas pessoas.

Contudo, para além disso, trata-se, no entendimento do autor, de um procedimento moralmente respeitoso em razão de que contempla as diferentes razões que cada participante tem sobre aquilo que é objeto de deliberação („matéria M“), incorporando um princípio de ação com base numa concepção que será adotada como comum por todos os participantes, mesmo diante da presença dos desacordos que têm sobre as opções que defendem⁸⁴. Por essa razão, segundo Waldron, as características de legislaturas propiciam que a legislação reivindique „respeito“ pelo trabalho que representa tê-la produzido - uma ação comum mesmo diante dos desacordos - e assim fazê-la contemplando (1) o fato de que as pessoas possuem

⁸²WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

⁸³O sentido de „arbitrariedade“ que Waldron utiliza guarda relação com a ideia de ser estabelecido um procedimento por razões independentes daquelas que colocam as pessoas em desacordo.

⁸⁴WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 85

suas diferenças de opinião sobre seus direitos e (2) incorporando um princípio de respeito por cada pessoa no processo onde é adotada uma ação comum em face dos desacordos⁸⁵.

O autor compreende que legislaturas são instituições com grande quantidade de pessoas (tamanho), compostas por mulheres e homens eleitos (representação), com concepções distintas (diversidade), e que tomam decisões que internalizam (e não excluem) os desacordos (deliberação) que possuem entre si por meio de procedimentos deliberativos que permitem identificar uma decisão que oferece um curso de ação comum a ser tomado. Estruturam-se, no dizer de Waldron, “de modo tal que representam (ou pretendem representar) os desacordos mais sérios e substantivos que existem na sociedade a respeito da maneira pela qual essa sociedade deve ser organizada”⁸⁶. Mas não apenas isso, a despeito do caráter representativo e de seu tamanho, tomam decisões por meio de procedimentos que não indicam uma posição como a correta “senão determinam unicamente que posição gozará (...) de um maior apoio de seus membros”⁸⁷.

A ideia oferecida por Waldron é de que a pretensão legítima de respeito que o direito reivindica às cidadãs vem do procedimento legislativo de legislaturas em razão de que se trata de um procedimento que não intenta, mediante nenhum subterfúgio filosófico, omitir a pluralidade e os desacordos⁸⁸.

Waldron não associa diretamente essa concepção que ele mesmo oferece - de que é legítima a reivindicação de respeito que realiza o direito quando suas obrigações são impostas por meio da legislação produzida por legislaturas - com princípios democráticos. As palavras do autor nesse sentido são as de que seria

“(...) tentador associar essa concepção da autoridade legislativa com princípios democráticos. (...) A ideia é de que devemos deferência a leis [elaboradas por legislaturas] quando nós discordamos delas (e mesmo quando pensamos que elas falharam no teste autoritativo raziano) porque elas têm sido estabelecidas por uma instituição democraticamente responsiva (accountable)”⁸⁹.

A resposta que Waldron dá a essa „tentadora associação“ tem a ver com o propósito de manter-se coerente com a explicação anterior que forneceu de que a legitimidade democrática é insuficiente para explicar o instinto por grandes assembleias na tarefa de elaboração das leis. Desse modo, o autor sustenta que

⁸⁵ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 85

⁸⁶ *Ibid.*, p. 24

⁸⁷ *Ibid.*, idem.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 85.

⁸⁹ *Ibid.*, idem.

“o princípio democrático, assim estabelecido, é insuficiente para explicar porque preferimos uma assembleia legislativa a um único legislador eleito. Acredito que isso é também insuficiente para explicar a forma concreta na que outorgamos autoridade à legislação (...)”⁹⁰.

Mesmo na justificativa da pretensão de respeito ao direito, oriunda do trabalho desempenhado por legislaturas, é possível compreender que Waldron entende que a legitimidade democrática é apenas um dentre outros valores que justificam a concepção que ele fornece sobre legislaturas, o que reforça o argumento de que na adoção de determinado procedimento decisório, nas circunstâncias da política, não é apenas a legitimidade democrática que está em jogo.

Pretendo apontar na próxima seção as razões pelas quais acredito que Waldron não pode se comprometer com a ideia de que a legitimidade democrática explica a legitimidade de legislaturas e, com base nisso, almejo demonstrar que a objeção dirigida ao controle de constitucionalidade calcada tão somente na ausência desse valor deve ser rejeitada. Sem embargo dessa crítica, apresentarei, por fim, o entendimento de que a construção teórica movida por Waldron possui a importância de demonstrar que legitimidade democrática, apesar de ser um valor caro, não é um valor exclusivo para aferir a legitimidade institucional.

I.3 O valor da legitimidade democrática: dois pesos e duas medidas

As duas primeiras seções desse capítulo tiveram propósitos distintos e buscaram apresentar aspectos também distintos da teoria desenvolvida por Jeremy Waldron quanto à legitimidade das instituições. De um lado, a objeção que o autor desenvolve contra o controle de constitucionalidade e, de outro, as razões pelas quais o autor acredita que deve ser conferida legitimidade às legislaturas. Os argumentos de Waldron, tal como o próprio autor enuncia, pretendem ser conectados. No dizer de Kyritsis, a objeção *waldroniana* pretende se sustentar no pensamento de que

“antes de decidir se devemos ter juízas controlando legislaturas, devemos primeiro tentar entender qual é o valor de tê-las decidindo sobre qualquer coisa. [Waldron entende que...] esse exercício teórico revela um defeito fundamental na prática do controle de constitucionalidade”⁹¹.

No tocante às legislaturas, é interessante observar que Waldron, mesmo na parte mais abstrata da sua teoria, onde avança a concepção de respeito ao direito, situa o peso do

⁹⁰**Ibid.**, p. 86.

⁹¹KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: OUP, 2017. p. 130.

valor da legitimidade democrática de modo relativizado. Acredito que não poderíamos esperar que fosse diferente, pois, caso procedesse de modo contrário, certamente o autor estaria se colocando fora da tradição do debate teórico sobre a legitimidade de legislaturas ao oferecer razões para uma espécie de democracia direta. Ou, ainda, estaria colocando sua teoria na condição da conformidade da compreensão de que a vontade das cidadãs se igualam à vontade de suas representantes.

Contudo, de modo muito diferente, na objeção que o autor oferece ao controle de constitucionalidade, o valor da legitimidade democrática assume uma importância que nem mesmo está presente na atribuição de legitimidade de legislaturas. O que se pode ver, portanto, é a utilização de um peso desse valor diante do controle de constitucionalidade que o autor não utiliza em face de legislaturas. Dito de outro modo, caso fosse „cobrado“ de legislaturas aquilo que a objeção *waldroniana* „cobra“ do controle de constitucionalidade, certamente compreenderíamos como ilegítimas também as primeiras instituições. Diante dessas ideias, podemos conceber que o juízo de ilegitimidade dirigido ao controle de constitucionalidade tão somente em razão da ausência de legitimidade democrática é, no mínimo, um juízo descompassado com a atribuição de legitimidade às legislaturas na teoria desenvolvida pelo autor.

Por essa razão se mostra conveniente um questionamento mais detido se há adequação entre o que Waldron oferece sobre legislaturas e a objeção que move contra o controle de constitucionalidade em face do direito de participação. Christopher Eisgruber⁹² e Dimitrios Kyritsis⁹³ convergem no sentido de nos oferecer razões para pensarmos que não⁹⁴.

Eisgruber enxerga, a partir da teoria de Waldron, duas linhas de argumentação a favor da legitimidade de legislaturas, a saber, (1) a que apela para a neutralidade do voto majoritário como método de decisão para resolver desacordos e (2) a que toma por base um juízo que tem por base uma avaliação moral, notadamente o de que (2.1) questões morais devem ser decididas pelo procedimento legislativo e (2.2) e que esse procedimento requer uma supremacia legislativa. Esse autor indica que „(2)“ é uma linha de argumentação mais promissora em razão de que, de maneira diversa do que é apontado em „(1)“, não omite aquilo que Waldron tanto enfatiza, a noção de que as pessoas discordam a respeito de toda sorte de

⁹²EISGRUBER, Christopher. *Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement*. Journal of Legislation and Public Policy. n. 6 (2002). p. 35–49

⁹³KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron's objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

⁹⁴Apesar dessa convergência, registro que esses dois autores possuem argumentos distintos no tocante à legitimidade do controle de constitucionalidade.

tema moral, incluindo-se aí também desacordos morais a respeito da escolha de procedimentos decisórios⁹⁵.

Segundo Eisgruber, o argumento „(2)“ de Waldron revela o compromisso democrático de sua teoria a favor da ideia de que as pessoas devam ser governadas por si mesmas, sendo na base de um procedimento decisório onde estas participem que os desacordos que razoavelmente possuem devem ser resolvidos. Nesse sentido, segundo o autor comentado, o argumento de Waldron é potentemente persuasivo no sentido de que “para a maioria de nós, nosso compromisso para a democracia e o autogoverno é profundo” e mesmo havendo o oferecimento de razões que apontem a necessidade de limites morais sobre aquilo que se pode decidir, resta a “questão de quem, para além das pessoas, deve decidir [sobre] o conteúdo desses limites, dado que são profundamente controversos e que não existe um algoritmo para produzir a resposta correta”⁹⁶.

Todavia, para Eisgruber, o problema da argumentação *waldroniana* está na relação entre a afirmação de que as pessoas devem decidir sobre as questões que lhes afetam e que isto requer uma supremacia do procedimento legislativo. Um argumento simples é indicado pelo autor: as pessoas não se confundem com as suas representantes, o povo não é o mesmo que legislaturas - as pessoas estão em milhões e as legisladoras são centenas, o que implica a ideia de que são as últimas e não as primeiras que decidem sobre os direitos da comunidade. Portanto, mesmo em legislaturas há um „elemento aristocrático“ de forma de governo, sendo que a maioria das cidadãs não têm poder de decisão sobre aquilo que lhes afeta. Ou seja, na linha dos argumentos identificados por Eisgruber, podemos acolher a importância de „(2.1)“ sem precisar aderir a „(2.2)“.

Kyritsis aborda razões muito próximas as de Eisgruber para afastar a objeção *waldroniana*, no sentido de rejeitar a identificação entre legisladoras e cidadãs. Legislaturas são instituições compostas por membras periodicamente eleitas, onde estas atuam como representantes dos interesses daquelas que as elegeram. Há, portanto, um aspecto representativo na composição e na tomada de decisão dessas instituições. As pessoas participam das eleições de suas representantes, sendo que são as últimas que tomam decisões em nome das primeiras durante o procedimento legislativo⁹⁷.

⁹⁵EISGRUBER, Christopher. *Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement*. Journal of Legislation and Public Policy. n. 6 (2002). p. 35–49

⁹⁶*Ibid.*, idem.

⁹⁷KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron's objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

O próprio Waldron reconheceu, em *Law and Disagreement*, que o seu argumento a favor da legitimidade de legislaturas não incluía uma discussão mais aprofundada sobre o caráter representativo dessas instituições⁹⁸. Kyritsis oferece então o entendimento de que a omissão de Waldron impacta o que o autor teoriza a respeito da objeção que promove contra o controle de constitucionalidade. Se o direito de participação é um direito cujo exercício parece peculiarmente apropriado em situações que as portadoras [de direitos] discordam acerca de que quais direitos têm, Kyritsis argumenta que é apenas a partir de um olhar mais atento para a relação entre representantes e representadas que se pode observar como esse direito é efetivamente concebido no interior de legislaturas.

Assim, de acordo com Kyritsis, é preciso observar (1) como o direito de participação é concebido, (2) qual função cumpre e (3) qual valor é depositado sobre ele em democracias representativas, sendo que tal avaliação prescinde de uma teorização a respeito da ideia de representação. Diante disso, não é possível realizar um juízo de que há uma perda para a democracia a partir do sistema de controle de constitucionalidade (tal como Waldron realiza) sem antes observar se não acontece o mesmo no interior de legislaturas⁹⁹.

Com o propósito de articular uma concepção que se adeque melhor à prática representativa dos sistemas representativos que somos familiarizados, Kyritsis, com apoio nas ideias de Hanna Pitkin¹⁰⁰, lança mão de duas concepções sobre esse conceito, às quais denomina „*proxy model*“ („PM“, daqui em diante) e „*trustee model*“ („TM“, daqui em diante). Essas duas concepções convergem em um ponto: o procedimento legislativo é um método de decisão onde representantes decidem, em nome de representadas, a respeito de obrigações que as últimas devem possuir. É importante destacar essa convergência em razão de que os dois modelos afastam que, pela ideia de representação, as pessoas decidem por elas mesmas sobre aquilo que devem fazer. Como aponta Kyritsis, a diferença entre essas duas concepções está (1) no modo como explicam como legisladoras deveriam cumprir seu dever e (2) na maneira que concebem o valor da legitimidade democrática¹⁰¹.

A concepção „PM“, motivada pelo ideal de que o fundamento da obrigação política é a vontade do povo, concebe o papel de legisladoras como destinado a expressar realmente a vontade do seu eleitorado. É possível então observar nessa concepção a assunção

⁹⁸ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 110, nota de rodapé nº 60.

⁹⁹ KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron's objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

¹⁰⁰ PITKIN, Hanna. *The Concept of Representation*. California: University of California Press, 1967.

¹⁰¹ KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron's objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

de que deve existir uma relação de identidade entre a „voz” das representantes e das representadas. Legisladoras devem captar aquilo que realmente as cidadãs (que as elege) intentam e buscar refletir esse intento nas leis que estabelecem. A partir desse modelo, como refere Kyritsis, “quando o representante lança seu voto, ele não tem liberdade para recorrer à sua própria visão sobre os mérios da decisão a ser tomada”¹⁰².

Já a concepção „TM”, sem descuidar de um elemento de dependência na relação entre representantes e representadas, sinaliza uma distância nessa relação ao conceber o papel das primeiras a partir do poder que possuem para decidir, em algum grau, de maneira independente da vontade das últimas. Nessa concepção, as eleitoras elegem suas representantes com o propósito de que representem os seus interesses nas decisões políticas, mas, de mesmo lado, esperam que seja realizado um juízo independente por parte das suas representantes a respeito de quais interesses devem prevalecer. A diferença de „TM” para „PM”, portanto é a de que essa concepção aponta um “elemento de independência” na tomada de decisão das representantes com relação aos interesses das representadas que „PM”, por outro lado, nega¹⁰³.

A legitimidade democrática é observada de maneira diferente por essas duas concepções. Enquanto „TM” compreende como legítimas democraticamente decisões que realmente espelham o conjunto de vontades das eleitoras („a voz do povo”), „PM” concebe como importante quanto a esse valor que legisladoras reconstruam, a partir do conjunto de desejos e convicções das cidadãs, “a melhor visão política possível de uma sociedade bem ordenada, pelo qual os interesses das pessoas merecem um lugar”¹⁰⁴.

Observados esses aspectos singulares de duas concepções de representação, Kyritsis enfrenta a questão de quais das duas concepções se adequam melhor à prática da representação política nas democracias constitucionais. A fim de respondê-la, o autor parte da seleção de algumas características salientes do procedimento legislativo em legislaturas para sustentar que um “elemento de independência” no juízo formado por legisladoras é central para o entendimento dessa prática.

Primeiro, eleições periódicas são os mecanismos amplamente utilizados para que eleitoras manifestem (des)aprovação com suas representantes. Segundo, essa (des)aprovação não afeta aquilo que foi anteriormente estabelecido por legisladoras eleitas e, terceiro, os

¹⁰²KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron’s objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

¹⁰³*Ibid.*, idem.

¹⁰⁴*Ibid.*, idem.

mandatos eletivos correntes dessa prática não são de tipo imperativos, o que significa que apenas são revogáveis apenas a partir de uma nova eleição¹⁰⁵.

Além dessas três características, a própria indeterminação dos interesses das cidadãs e o fato de que, em muitas circunstâncias, legisladoras estabelecem uma lei sem que eleitoras tenham sequer conhecimento sobre o assunto ou até mesmo manifestado seus interesses sobre a questão, pesam a favor da ideia de que nas legislaturas das diversas democracias constitucionais há uma “relação baseada na ideia de que a representante goza de algum grau de independência em relação às suas eleitoras”¹⁰⁶.

Desse modo, as razões de uma concepção mais acurada da ideia de representação interferem na objeção democrática que é dirigida por Waldron contra o controle de constitucionalidade. Abaixo dessa concepção, como argumenta Kyrtsis, a objeção democrática não pode residir na ideia de que o controle de constitucionalidade é desrespeitoso em razão de que atribui um “peso de decisão maior” às juízas do que às cidadãs, pois há uma mesma atribuição de peso de decisão superior às representantes em legislaturas.

Cidadãs escolhem as suas representantes, mas isso não modifica o fato de que é a decisão das representantes que contam na resolução de desacordos sobre a criação de determinada lei. Por essa razão, a objeção movida por Waldron contra o controle de constitucionalidade tem o revés de que aquilo que é atribuído tão somente às cortes constitucionais – o predicado de que as decisões das juízas valem mais do que as decisões das cidadãs - também acontece no interior de legislaturas, onde a decisão de legisladoras tem maior peso do que a decisão daquelas que as elegeram¹⁰⁷.

Há um outro argumento notado por Kyrtsis que Waldron avança em *„The Core of the case”*, onde mesmo concebido o elemento de independência na atuação de legisladoras, faria manter a objeção democrática central ao controle de constitucionalidade. Legisladoras,

¹⁰⁵KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron’s objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

¹⁰⁶**Ibid.**, idem.

¹⁰⁷Acredito que a única „saída” para Waldron seria a de reconhecer que compreende a ideia de representação de modo a identificar representantes e representadas e que, mesmo não sendo o caso de que legisladoras assim compreendam o seu papel, o valor dessa concepção de representação permanece inalterado. Contudo, penso que essa é uma posição que o próprio autor rejeita desde *Law and Disagreement* (quando menciona que tomará em consideração apenas que o respeito às legisladoras equivale ao respeito das pessoas que as elegeram) e, muito destacadamente, em um escrito posterior, onde realiza uma defesa do mecanismo legislativo diante de uma suposta arguição de razões para uma espécie de democracia direta. Nesse escrito, o autor concebe o distanciamento entre eleitas e eleitoras, apontando razões instrumentais que favorecem legislaturas como a transformação de um mero impulso das cidadãs em um juízo racional sobre o que deve ser imposto a todas, além da realização da „generalidade das leis”, característica que o autor entende como ligada à ideia de Estado de Direito. Ver, nesse sentido, *Representative Lawmaking*, artigo escrito em 2007 e publicado na coletânea *Political Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016.

por serem eleitas, apresentam uma noção de *accountability* que juízas não possuem e, ainda que exercitem um juízo independente daquelas que as elege, possuem um incentivo para se “aproximarem” da visão das cidadãs. Portanto, a razão para a pecha de ilegitimidade do controle de constitucionalidade seria a „proximidade“ que há entre legisladoras e eleitoras¹⁰⁸.

Contudo, Kyrtsis nota que esse argumento continua preservando o *insight* original da objeção democrática central e interpreta mal o significado do elemento de independência na relação entre representantes e representadas. Como explica Kyrtsis, “não é como se as legisladoras se esforçassem, na medida do possível, com precisão para refletir as convicções e preferências de suas eleitoras”¹⁰⁹. A noção de representação que estamos familiarizados oferece o entendimento de que, em razão de determinadas necessidades práticas como tempo e custo para a identificação de todos os interesses das cidadãs, legisladoras realizam um juízo de tipo independente desses interesses¹¹⁰.

Desse modo, havendo um elemento de independência na relação que há entre representantes e representadas e não sendo identificado nenhum problema em abstrato com o procedimento legislativo ao atribuir de peso de decisão maior às legisladoras que agem, em algum grau, independentemente das suas eleitoras, termina por não existir também nenhum problema em abstrato com um modelo de sistema de controle de constitucionalidade forte que atribui semelhante poder às juízas. Curiosamente, podemos, desse modo, conceber a rejeição da razão principal para objeção democrática de Waldron contra o controle de constitucionalidade forte justamente a partir de um entendimento mais adequado das características de legislaturas.

Antes de encerrar esse capítulo, acredito que sejam necessárias algumas considerações. Para além da objeção de Waldron ao controle de constitucionalidade, a teoria desse autor nos oferece uma importante compreensão sobre o valor da legitimidade democrática. Legislaturas são correntemente observadas no debate teórico como a expressão do ideal democrático, mas, a partir da própria teorização que Waldron fornece, é possível ver que, em uma democracia constitucional, a legitimidade democrática, apesar de muito importante, constitui-se como um dentre outros valores que justificam a adoção de um procedimento institucional.

¹⁰⁸ WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review in Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016. p. 195-245.

¹⁰⁹ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 144.

¹¹⁰ *Ibid.*, idem.

É curioso que, em *Law and Disagreement*, um livro manifestamente crítico em relação a esse instituto, Waldron já apontava que cortes constitucionais, constituindo-se também como um foro de tomada de decisões e não sendo necessariamente as mais representativas, possuiriam “algumas vantagens”¹¹¹. Waldron não teoriza a respeito dessas vantagens em seu livro e pouco as aborda em outros trabalhos¹¹². Contudo, em publicações mais recentes, Waldron tem reforçado a ideia de que a legitimidade democrática não é o único valor a ser considerado na avaliação da legitimidade das instituições, inclusive na aferição da legitimidade do controle de constitucionalidade¹¹³. Em outro texto, submetido para palestra na Suprema Corte colombiana, o autor veicula que a “legitimidade democrática não é tudo para a legitimidade política, e há vantagens do controle de constitucionalidade que podem não ser capazes de ser garantidas, exceto através de procedimentos não-democráticos”¹¹⁴.

Por fim, rejeitar a objeção democrática não implica oferecer uma justificativa positiva para o controle de constitucionalidade, mas dá indícios de qual pode ser o seu papel. Contudo, antes de oferecer razões positivas para esse instituto, abordarei no próximo capítulo o tratamento teórico que é conferido às denominadas „questões estruturais” no que se relaciona à justificativa para o controle de constitucionalidade. Conforme refere Larry Alexander, a objeção de Waldron ao controle de constitucionalidade pouco diz a respeito de outras normas que não aquelas que estabelecem direitos¹¹⁵. Em alguns momentos, mesmo não aprofundando a questão, Waldron dá a entender que o controle de constitucionalidade desse tema levanta problemas idênticos às questões estruturais como quando refere que “os tribunais derrogam a legislação por violações a direitos individuais exatamente no mesmo espírito em que derrogam a legislação por violações aos princípios do federalismo ou da separação dos poderes”¹¹⁶.

Um dos meus intuitos no próximo capítulo será o de observar se os argumentos que o autor oferece contra o controle de constitucionalidade na questão dos direitos também

¹¹¹WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999. p. 16.

¹¹²A exceção, claro, é *The Core of the case*. Contudo, as “vantagens” teorizadas por Waldron nesse artigo se relacionam às razões que para o autor não oferecem um argumento conclusivo a favor do controle de constitucionalidade forte.

¹¹³WALDRON, Jeremy. *Representative Lawmaking in Political Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016.

¹¹⁴O texto (ainda não publicado) de Waldron, intitulado *Judicial Review and Political Legitimacy*, e apresentado na Corte Constitucional colombiana em 05 de agosto de 2017, foi-me encaminhado pelo Professor Roberto Gargarella, a quem muito agradeço.

¹¹⁵ALEXANDER, Larry. *What is the problem of Judicial Review?* Legal Studies Research Paper Series. Research Paper n. 07-03. 2005. Disponível em (<http://ssrn.com/abstractID=802807>). Acesso em Julho de 2017.

¹¹⁶WALDRON, Jeremy. *The Core of the case against judicial review*. in *Political Political Theory: Essays on institutions*. Cambridge: HUP, 2016. p. 201.

atingem esse procedimento na solução de questões estruturais. Caso a resposta para essa questão seja positiva, acredito que a partir da abordagem da teoria do próprio Waldron, teríamos mais elementos que auxiliam a compreensão de que uma justificativa adequada para o controle de constitucionalidade é aquela que trata de modo conjunto as questões dos direitos e as questões estruturais.

“Apesar da importância para o direito constitucional, as regras que conferem poderes não têm recebido a atenção que merecem (...)”¹¹⁷.

Maués, A.

“O problema não é que muita atenção tem sido dada aos direitos constitucionais. É que pouca atenção tem sido dispensada às questões estruturais”¹¹⁸.

Wilkinson, H.

II. QUESTÕES ESTRUTURAIS E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Logo na introdução do trabalho, seguindo parte da teoria constitucional, identifiquei dois diferentes tipos de questões que são alvo de deliberação por cortes constitucionais, notadamente as que se relacionam aos direitos e as que tratam da estrutura governamental, sendo que, por dizerem respeito às questões que envolvem os poderes, competências e estruturas das instituições governamentais, nomeiei as últimas como “questões estruturais”¹¹⁹.

A introdução do trabalho também serviu para avançar uma breve argumentação que agora, no preâmbulo desse capítulo, convém ser retomada. Em diversas democracias constitucionais, o controle de constitucionalidade foi desenhado como forma de resolução de conflitos das questões estruturais¹²⁰. Desse modo, são cortes constitucionais que, em grande parte das vezes, servem como mediadoras dos conflitos que se dão tanto entre os entes federativos e também entre as instituições governamentais. Tal como referi, mesmo estando relacionadas a um tão importante papel, as questões estruturais não assumem prestígio no debate teórico a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, apresenta-se curioso que mesmo aquelas que se opõem ao instituto nas questões dos direitos, não costumam avançar qualquer objeção ao controle de constitucionalidade das questões estruturais. Acredito que essa posição teórica revela, de modo peculiar, a concepção de que a questão relacionada à justificativa para o controle de

¹¹⁷MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *As regras que conferem poderes e o direito constitucional*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 28, Julho/Set 1999. p. 137

¹¹⁸WILKINSON, H. J. *Our Structural Constitution*. Texto apresentado na Columbia Law School em março de 2004. Disponível em (<http://www.pegc.us/archive/authorities/wilkinson-web.pdf>) Acesso em julho de 2017.

¹¹⁹Nesse sentido, ver especialmente a nota de rodapé nº 05.

¹²⁰Conflitos entre Estados federados e a União nas questões relacionadas ao federalismo e conflitos entre os Poderes (como no caso de um conflito entre o Executivo e o Congresso) são exemplos de disputas que geralmente ocorrem em razão de desacordos não apenas sobre o „quem decide“, mas também sobre como instituições e entes federados podem decidir.

constitucionalidade das questões estruturais é de natureza diversa daquela que surge nas questões dos direitos e, justamente por tal razão, não seria incoerente que alguém suscitasse razões favoráveis à legitimidade do instituto em uma esfera e procedesse de modo contrário em outra¹²¹.

Penso que Thomas Bustamante, ainda que com objetivo diverso, ofereceu razões pelas quais poderíamos pensar que a posição teórica acima mencionada é coerente¹²². Em breve síntese, Bustamante apresenta o entendimento de que (1) a justificativa para o controle de constitucionalidade nos casos relacionados ao federalismo – uma subespécie das questões estruturais - não é intrusiva na “vontade do povo”¹²³ como é nas questões dos direitos, pois nas disputas entre entes federativos há apenas (2) uma necessidade inevitável de decisão que (3) diz respeito apenas a quem é competente para decidir, sendo que (4) a questão não diz respeito à qual resposta é a mais adequada para uma controvérsia moral. Como tive oportunidade de apresentar, o autor não nega a existência de uma semelhança entre as questões dos direitos e as questões estruturais, porém veicula que não há “identidade” entre elas, pois a sua compreensão é a de que nas últimas uma corte constitucional “não resolve [um] desacordo razoável sobre uma questão de direitos e [ainda] carece de autoridade para estabelecer de modo final a solução para o desacordo em jogo”¹²⁴.

O presente capítulo realiza uma crítica direta à posição teórica acima identificada e, de modo indireto, às razões oferecidas por Bustamante. Pretendo apontar que, especialmente relacionado ao tratamento teórico da pergunta a respeito da justificativa para o controle de constitucionalidade, não há nenhuma diferença qualitativa entre as questões estruturais e as questões dos direitos. Nesse sentido, aponto, inclusive, que uma justificativa de caráter mais adequado a respeito do instituto deve partir da rejeição dessa diferença.

A estratégia para desenvolver essas ideias será dupla e virá, primeiramente, da abordagem do papel das regras que conferem poderes em uma democracia constitucional e os desacordos em casos onde estas estejam em disputa; em segundo lugar, da abordagem da teoria de Jeremy Waldron, no sentido de observar como a objeção que o autor desenvolve nas questões dos direitos também se aplica às questões estruturais.

¹²¹Tal como já apresentei, essa é a posição assumida por um clássico da literatura constitucional, Learned Hand. Ver especialmente as notas de rodapé nº 11 e nº 12.

¹²²BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016. p. 29-69.

¹²³*Ibid.*, p. 41.

¹²⁴*Ibid.*, idem.

O capítulo está dividido em três seções.

De modo inicial, na seção (II.1), abordo a importância e função das regras que dizem respeito às questões estruturais – as regras que conferem poderes¹²⁵ – e, a partir de dois casos do Supremo Tribunal Federal, apresento os desacordos valorativos que surgem quando da tomada de decisão sobre elas. Nesse sentido, em um primeiro momento, me utilizarei dos contributos teóricos de H. L. A. Hart¹²⁶, e especificamente do trabalho de Antonio Maués¹²⁷ que, abordando a teoria do primeiro, ofereceu importantes ideias sobre a função das regras que conferem poderes em sistemas constitucionais.

Ainda nesta seção, com o propósito de discorrer sobre os desacordos valorativos que surgem na tomada de decisão sobre essas regras, me servirei de dois casos do Supremo Tribunal Federal que dizem respeito às questões estruturais – a ADPF 378 e a ADI 4861¹²⁸. A abordagem desses casos, acredito, conferem solidez ao argumento de que também sobre essas questões existem desacordos razoáveis sobre valores morais que inspiram a estrutura governamental. A partir desses casos, a seção inicial apresenta a ideia de que, apesar de não resolver um desacordo razoável idêntico ao que se dá em casos que dizem respeito aos direitos, a corte constitucional resolve e delibera sobre um tema de caráter valorativo.

Trato na seção seguinte (II.2) de argumentos mais relacionados à objeção democrática oferecida por Jeremy Waldron. A partir da teoria *waldroniana*, apontarei que as razões contrárias à legitimidade do controle de constitucionalidade nas questões dos direitos também se aplicam às questões estruturais¹²⁹. Nesse sentido, abordarei os argumentos que

¹²⁵Sigo, nesse aspecto, o termo utilizado pelo Professor Maués em MAUÉS, A. G. M em *As regras que conferem poderes e o direito constitucional* in Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 28/1999. Julho/Set 1999. p. 137-149.

¹²⁶HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

¹²⁷MAUÉS, A. G. M. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 81. Quando do seu estudo, o Professor Maués visava a compreensão de como constituições e, especialmente a Constituição de 1988, organizavam o poder político. Lançando mão de duas formas de organização de poder que chamou de distribuição primária e distribuição secundária de poder, o objetivo do professor paraense era analisar como se deu o tratamento do pluralismo político a partir da distribuição de recursos de poder na Constituição brasileira. Contudo, especificamente a parte do seu trabalho que irei abordar tem a ver (como o próprio Professor Maués reconhece) com “aspectos levantados que podem ser aplicados a diferentes regimes políticos” e por isso essas ideias se adequam à metodologia empregada no trabalho.

¹²⁸Penso que a escolha de casos judiciais e, especificamente, desses dois casos deve ser justificada. Primeiro, utilizo-me de casos judiciais em razão do fácil acesso à leitura dos votos das julgadoras, além de que nesses votos a estrutura do argumento é mais explícita sobre os valores postos em debate. Segundo, trato especificamente da ADPF 378 e da ADI 4861 pela razão de serem casos que envolvem dois tipos de conflitos diferentes em ambiente institucional e por isso suscitarem desacordos valorativos em temas institucionais distintos (separação de poderes e federalismo).

¹²⁹Como referi no final do capítulo anterior, é sintomático que Waldron não realiza qualquer distinção entre as questões dos direitos e as questões estruturais para avançar sua objeção ao instituto. Mesmo se, tal como apresentei no primeiro capítulo, a objeção realizada pelo autor não atinge com sucesso o propósito de afastar legitimidade ao instituto, podemos conceber que, se devidamente enfrentada, pode tanto dissipar dúvidas a

foram ofertados por Adrienne Stone, Jeffrey Goldsworthy e Nicholas Aroney¹³⁰. A discussão teórica entre esses autores coloca, de um lado, as ideias de Stone quanto à objeção democrática ao controle de constitucionalidade (de Waldron) „se aplicar“ também às questões estruturais e, de outro lado, os argumentos de Goldsworthy e Aroney que, por razões distintas, refutam o que oferecido pela autora.

A seção (III.3) toma partido nessa discussão teórica e apresenta a ideia de que é incoerente o juízo daquelas que se opõem ao controle de constitucionalidade das questões dos direitos e assim não o fazem quanto ao controle de constitucionalidade das questões estruturais. Muito mais importante que essa afirmação, a seção é dedicada à apresentação do argumento desenvolvido no capítulo para o debate teórico quanto à justificativa para o controle de constitucionalidade - justamente por despertarem as mesmas características que as questões dos direitos despertam, soa injustificável que as questões estruturais tenham recebido tão pouca atenção pela teoria constitucional e a elas seja dado tratamento teórico diverso do que é dado às questões dos direitos, tal como referem as constatações transcritas na epígrafe do presente capítulo.

II.1 As regras que conferem poderes e os desacordos valorativos

Uma simples leitura de diversas constituições escritas permite identificar regras distintas que costumam ser divididas em dois grupos, as que cuidam da estrutura governamental („regras que conferem poderes“) e as que estabelecem um rol de direitos e garantias das pessoas. Se nas regras que estabelecem direitos estão mais salientes os valores que buscam proteger (tais como a proteção da dignidade da pessoa humana ou a liberdade de expressão), as regras que cuidam da estrutura governamental aparentam não expor - ao menos não em uma simples leitura - os valores que abrigam.

Seria o caso então de compreendermos que as regras que conferem poderes abrigam valores distintos daqueles que regras que estabelecem direitos protegem? Diante dessa pergunta, haveria razão para a teoria constitucional dirigir maior atenção para as questões dos

respeito da coerência da posição que é criticada no presente capítulo como também nos oferecer a ideia de que uma justificativa adequada para o controle de constitucionalidade deve ser oferecida a partir do tratamento conjunto do que se dá na jurisdição constitucional das questões dos direitos e das questões estruturais.

¹³⁰O que torna compatível a abordagem desses argumentos com a metodologia do trabalho é o fato de que são dirigidos a sistemas constitucionais em geral, ainda que façam referência a casos do sistema constitucional australiano - essa circunstância, inclusive, é notada pelo próprio Aroney quando trata dos argumentos de Stone, conforme adiante apresentarei.

direitos e não para as questões estruturais tal como manifestam os autores referidos na *epígrafe* desse capítulo?

No tocante aos valores que as regras que conferem poderes abrigam, é de ser observado que o mote principal do constitucionalismo, compreendido como doutrina da limitação do poder político, é forjado a partir da ideia de um adequado exercício do poder estatal perante as cidadãs¹³¹. Nesse sentido, em um primeiro momento, é interessante observar que mesmo diante da ausência de uma carta de direitos, as primeiras defesas do modelo constitucional como modelo apto à proteção das pessoas estava ligada à ideia da separação dos poderes, isto é, ligada a uma adequada distribuição do poder político¹³².

É possível compreender que esse período inicial seria a face liberal do constitucionalismo que é complementada, como argumenta Chueiri, por uma face social onde demandas por direitos sociais começam a ser acolhidas nos textos constitucionais¹³³. Porém, ainda assim, mesmo que passemos a compreender o constitucionalismo como uma teoria relacionada diretamente ao provimento de demandas sociais, é notável que tais demandas são reivindicadas a partir do (adequado) exercício do poder político. Os valores que inspiram a efetivação de tais demandas são também orientadores da estrutura institucional, pois é por meio da adequada organização e distribuição de poder político que se almeja o alcance de tais objetivos. Já então por essas razões não podemos compreender questões estruturais como tema de menor importância com relação aquele que é inspirado pela ideia de direitos em uma democracia constitucional.

Contudo, assumir semelhante importância não quer dizer que as regras que conferem poderes cumprem a mesma função que as regras que estabelecem direitos em um sistema constitucional. Nesse sentido, penso que essa distinção se revela um passo importante na compreensão das controvérsias que se dão sobre as questões estruturais como também a importância que cortes constitucionais assumem ao resolverem essa espécie de conflito.

¹³¹GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia. uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³²Ver, nesse sentido, HAMILTON, A; MADISON, J. e JAY, J. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Líder: Belo Horizonte, 2003, especialmente os de nº 78 e nº 84. Rebecca Brown identifica essa posição já nos escritos dos „pais fundadores”: “E se não houvesse declaração de direitos? Pode-se pensar que as consequências para a liberdade individual teriam sido desastrosas. Mas talvez os autores da Constituição acreditassem que uma declaração de direitos não era essencial para preservar os aspectos fundamentais de uma ordem da liberdade. Talvez já tivessem previsto os requisitos da ordem da liberdade por meio da estrutura do governo que eles criaram na Constituição original”. BROWN, Rebecca. *Separated Powers and Ordered Liberty*. University of Pennsylvania Law Review 6 (1991). p. 1513

¹³³CHUEIRI, Vera K. *Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e Mexicana de 1917*. In: Anais do Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar. Curitiba, Brasil.

H. L. A. Hart, em *O conceito de Direito*¹³⁴, produziu uma teoria explicativa dos sistemas jurídicos onde estes seriam compostos pela união de dois tipos de regras que denominou „regras primárias“ e „regras secundárias“. A teoria construída por esse autor tem por base acentua que (1) por força das regras primárias se exige que as pessoas pratiquem ou se abstenham de praticar determinada ação, impondo-lhes deveres que dizem respeito às ações que envolvem movimento ou mudanças físicas e, de outro lado, (2) por força das regras secundárias (ou regras „parasitas“ do tipo primário) se assegura às pessoas a possibilidade de criar, modificar ou determinar de modo diferente a aplicação e fiscalização das regras primárias, conferindo poderes públicos ou privados para essa finalidade¹³⁵.

Dois argumentos possivelmente fariam ruir a distinção elaborada por Hart entre regras primárias e regras secundárias. O primeiro é o de que regras secundárias também dispõem de sanção quando „violadas“, - a nulidade -, e o segundo é o de que regras secundárias apenas são „fragmentos“ de regras primárias, pois tão somente estabelecem os pressupostos para que regras primárias sejam criadas ou aplicadas. Contudo, segundo Hart, esses dois argumentos não captam adequadamente o sentido das regras secundárias em razão de que as condições que elas definem para o exercício do poder que conferem são constitutivos da própria regra e que tais regras buscam, na verdade, tornar competentes agentes públicos ou capacitar as pessoas em âmbito privado “numa forma de atividade guiada por um propósito completamente diferente do cumprimento de dever”¹³⁶, notadamente o de criar, aplicar e modificar direitos e deveres.

Conforme aponta Antonio Maués, sem esquecer da possível debilidade na utilização de “critérios que não se justapõem”¹³⁷, torna-se possível compreender que o critério fundamental apresentado por Hart se localiza na “diferença radical de função cumprida pelos dois tipos de regras”¹³⁸. As regras que conferem poderes (regras secundárias) buscam estimular condutas e as regras que impõem deveres (regras primárias) buscam evitar condutas. Um exemplar de regra secundária no texto constitucional brasileiro seria o que confere

¹³⁴HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

¹³⁵*Ibid.*, p. 90-91. A ideia de que não seria possível explicar a complexidade dos sistemas jurídicos sem apelo ao conceito de regra e à interação entre os dois tipos de regras mencionados é elaborada por Hart em crítica à concepção imperativista do direito- „o direito como ordens baseadas em ameaças“ - de Austin. Ver, nesse sentido, KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o Positivismo Jurídico. Textura Aberta do Direito e Discrecionalidade Judicial*. Curitiba: Juruá, 2014.

¹³⁶*Ibid.*, p. 50.

¹³⁷MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61. Existiriam regras secundárias que impõem um dever tal qual a regra que confere ao juiz o poder de aplicar uma sanção prevista e regras primárias que não dizem respeito a movimentos físicos tal qual as que estabelecem os cumprimentos de contratos.

¹³⁸*Ibid.*, p. 62.

competência ao Senado para julgar o Presidente e o Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade¹³⁹, enquanto o exemplar de uma regra de tipo primário seria o que estabelece a proibição de diferença de salários por motivo de “sexo, idade, cor ou estado civil”¹⁴⁰.

Acredito que a explicação de Hart dá conta de explicar de maneira geral a distinção entre as regras que conferem poderes e as regras que impõe deveres no tocante à função que promovem, mas, seguindo Maués, penso que não explica duas situações correntes em sistemas constitucionais: (1) situações em que há condutas que são estimuladas sem o recurso à atribuição de poderes normativos como seria o caso da regra que faculta a liberdade de expressão e (2) situações onde há atribuição de poderes normativos que representam um dever como é o caso da regra que dispõe ser dever do Estado oferecer a educação¹⁴¹.

Diante dessas conclusões, como então explicar tais situações sem descuidar da importante distinção elaborada por Hart a respeito das regras que conferem poderes? Mais, continuaria a fazer sentido insistir na distinção entre regras que conferem poderes e regras permissivas ou na distinção que há entre estas e as regras que impõem deveres?

A resposta que Maués dá a essas perguntas são importantes no sentido de demonstrar a relevância do papel que as regras que conferem poderes assumem no interior de um sistema constitucional. Continua, segundo esse autor, a fazer sentido as distinções a respeito dessas regras, mas tal relevância está menos na estrutura lógica que apresentam e mais na função que visam cumprir. O argumento de Maués é estruturado da seguinte forma: (1) permissões apenas podem incidir em atividades que já existem, sendo que não faz sentido permitir uma conduta que ainda não existe e (2) permissões a condutas que promovam mudanças nas situações particulares ou institucionais são permissões criadas por meio da atribuição de poderes normativos e que apenas são possíveis de serem criadas por meio da atribuição desses poderes¹⁴².

O mesmo argumento, segundo Maués, se aplica para os casos de poderes normativos de exercício obrigatório. Seria diferente, por exemplo, obrigar uma conduta que pode ou não ser cumprida independentemente de uma previsão jurídica como a utilização do cinto de segurança em veículos automotores e uma obrigação de um exercício de um poder normativo

¹³⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Artigo 52, inciso I, da Constituição Federal).

¹⁴⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal).

¹⁴¹MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 63.

¹⁴²*Ibid.*, p. 65

como a do Presidente da República prestar contas anualmente ao Congresso Nacional a respeito do ano anterior que, no caso, é dependente de uma regra que disponha dessa atribuição¹⁴³. Nesse sentido, regras que conferem poderes “ao atribuírem competências e capacidades a agentes e órgãos, bem como os procedimentos para seu exercício, representam o modo de estabelecer atividades e condutas no interior do ordenamento jurídico”¹⁴⁴, sem as quais, tais condutas não poderiam ser exigidas.

Penso que essa análise de caráter mais teórico auxilia na compreensão da relevância prática que assumem as regras que conferem poderes em um sistema constitucional. Apresenta também importância no sentido de suscitar um diagnóstico mais preciso do que é envolvido nos casos onde o poder normativo atribuído por essas regras é disputado, gerando a discussão sobre “a definição de sua extensão e abrangência, bem como dos órgãos e agentes a quem cabe”¹⁴⁵ decidir. Ainda que não seja explicitamente apresentado, é na base dos valores que justificam a existência dessas regras, de caráter moral, que a solução do „a quem compete decidir?” é oferecida.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 378¹⁴⁶, em sede do Supremo Tribunal Federal, ilustra um desacordo valorativo na tomada de decisão sobre regras desse tipo e, mais importante, aponta a relevância de distribuição de poder político pelo árbitro institucional, no caso, a corte constitucional brasileira. Uma das importantes controvérsias a serem resolvidas nesse caso dizia respeito ao papel do Senado no procedimento de *impeachment*. Duas regras da Constituição Federal regula(va)m a questão: (i) “compete privativamente à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da (...)”¹⁴⁷ e (ii) “compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (...)”¹⁴⁸. Tratam-se de regras que conferem poderes - o que convencionalmente também se denomina „regras de competência” - que atribui a Casas distintas do Poder Legislativo poderes diferentes a respeito do

¹⁴³ MAUÉS, A. G. M. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 65

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 68

¹⁴⁵ *Ibid.*, idem.

¹⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 378. Relator Ministro Edson Fachin, julgado em 17/12/2015, publicado em DJE e DOU em 21/12/2015.

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Artigo 51, I, da Constituição Federal).

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Artigo 52, I, da Constituição Federal).

procedimento de responsabilização dos crimes de responsabilidade praticados pelo Chefe e Vice-chefe do Poder Executivo¹⁴⁹.

No caso da ADPF 378, o litigante pedia ao Supremo Tribunal Federal que se decidisse a respeito do caráter não vinculante da autorização da instauração do procedimento por parte da Câmara dos Deputados quanto ao juízo do Senado. Em síntese, a questão a ser enfrentada era se o Senado podia ou não rejeitar a decisão da Câmara dos Deputados a respeito da instauração do procedimento de *impeachment*¹⁵⁰. Sobre essa questão, a divergência se deu entre os argumentos do Ministro Edson Fachin, relator do caso, e o Ministro Luís R. Barroso.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin se utilizou de um único argumento, de natureza textualista (“o comando constitucional é claro”), para dizer que inexistia possibilidade de o Senado rejeitar a autorização da Câmara dos Deputados¹⁵¹. Já o Ministro Barroso, repeliu a posição do Ministro relator. Muitos dos argumentos do Ministro Barroso foram também de ordem textualista e dizia respeito ao que as „palavras” das regras, acertadamente interpretadas (em sua visão), apontavam como o correto a ser decidido¹⁵².

Porém, um argumento específico, que talvez seja mais condizente com a própria visão que o Ministro Barroso tinha da relevância do caso¹⁵³, apresenta muito mais que uma divergência interpretativa de ordem textual sobre o tema. O argumento traz a ideia de que a retirada da possibilidade de juízo independente pelo Senado Federal é o mesmo que

¹⁴⁹Registro que para o caso se mostrava importante o deslinde da questão em razão da possibilidade de que, após a instauração do processo pelo Senado Federal (que discutia-se ser automática ou não em relação ao juízo da Câmara dos Deputados), a Presidente ficaria suspensa das suas funções, conforme o teor do artigo 86, II, da Constituição Federal de 1988.

¹⁵⁰Dentre os diversos pedidos realizados nesta ação, foi requerido ao Tribunal que fosse “realizada interpretação conforme a Constituição do artigo 24 da Lei n.1.079 para se fixar a interpretação segundo a qual o processo de impeachment, autorizado pela Câmara, pode ou não ser instaurado no Senado, cabendo a decisão de instaurá-lo ou não à respectiva Mesa, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 44 da própria Lei 1079/50, não sendo tal decisão passível de recurso”.

¹⁵¹Disponível em (<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/12/ADPF-378-Impeachment-Voto-Min-Edson-Fachin.pdf>). Acesso em dezembro de 2015. Outra regra que se apoiou para tal entendimento é a do artigo 86 da Constituição Federal que diz “admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento (...)”.

¹⁵²Disponível em (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>). Acesso em janeiro de 2016.

¹⁵³Quando defendeu a manutenção do que o Tribunal já havia decidido no Mandado de Segurança nº 21.564, o Ministro Barroso deixou bem claro o que para ele estava em jogo em se decidir o assunto: “Pouco importa que tais decisões tenham sido proferidas há mais de vinte anos e por composição substancialmente distinta da Corte. *O que está em jogo, afinal, é uma das matérias mais sensíveis à democracia e à separação de poderes no país*, que, até mesmo por sua excepcionalidade, tende a ser objeto de poucas e espaçadas decisões pelo STF. Se tais decisões não forem levadas a sério como elemento conformador da atuação da Corte, a segurança jurídica, naturalmente reduzida em um processo político como o *impeachment*, ficará ainda mais esvaziada.” (grifo meu) Disponível em (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>). Acesso em dezembro de 2015.

“diminuir” o papel dessa *Casa* e equipará-la “a um simples balcão de protocolo”, o que seria, no entender do Ministro Barroso, o mesmo que definir “como competência privativa de um poder da República a tarefa exclusivamente burocrática de instaurar o processo que tenha sido, em verdade, aberto por outro”¹⁵⁴. Desse modo, o Ministro Barroso concebeu que o juízo autorizativo da Câmara não era vinculante ao Senado, sendo que essa última casa estaria livre para decidir sobre o processamento do *impeachment*¹⁵⁵.

O objetivo em apresentar esse caso não é dispor de um juízo de correção a respeito das posições que os dois Ministros defenderam. Na realidade, é importante observar como, mesmo em um terreno árido de conflitos entre regras institucionais, onde não há um uso explícito de linguagem abstrata e declaradamente moral como se dá nos casos relacionados aos direitos, também há um desacordo profundo entre aqueles que decidem a respeito de qual a posição correta a ser adotada.

Mediante a abordagem dos argumentos dos Ministros, resta manifesto que o Ministro Fachin não compreendia que, caso se entendesse pelo caráter vinculante do juízo autorizativo da Câmara dos Deputados, estaria ferido qualquer valor relacionado à separação de poderes em razão de que o próprio texto constitucional apontava tarefas distintas a serem cumpridas pelas Casas legislativas, enquanto que para o Ministro Barroso, restava ferido tal princípio no caso de se considerar que o juízo de admissibilidade do Senado estava vinculado ao juízo da Câmara dos Deputados. O que embasa essas concepções distintas não é apenas uma controvérsia de ordem textual, mas entendimentos distintos quanto aos valores que inspiram a estrutura governamental diante das regras estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

As regras que conferem poderes dos entes federativos são outros exemplares de regras que, quando em disputa, apresentam divergências valorativas. O federalismo é uma forma de governo pela qual o Estado é dividido em níveis de governança que possuem relativa autonomia¹⁵⁶. Há uma autoridade central e autoridades regionais (ou locais) sendo que, apesar de unidas, possuem relativa autonomia quanto aos seus respectivos poderes

¹⁵⁴Disponível em (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306648>). Acesso em dezembro de 2015.

¹⁵⁵Essa foi a posição confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, mas chama atenção que, em nenhum momento restou ventilada a ideia de que os valores que a Constituição Federal de 1988 preserva tais como o devido processo legal se dirige a todas as pessoas, incluída também a Presidente da República, e desta maneira, a decisão pelo caráter não vinculante do juízo ao Senado Federal do que a Câmara dos Deputados já havia decidido impunha um maior obstáculo à punição da Chefe do Poder Executivo sem um juízo certo e firme quanto à culpabilidade daquilo que estava sendo acusada.

¹⁵⁶ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

normativos. Desse modo, tanto o grau de poder da autoridade central como o grau de autonomia das autoridades regionais é medido pela regras que distribuem poder normativo. Os conflitos que se dão a esse nível, - os chamados „conflitos federativos“ -, dizem respeito então à tensão existente entre o poder normativo da autoridade central e regional (ou local).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4861¹⁵⁷ é um dos casos que ilustra desacordos valorativos sobre o grau de poder normativo de entes locais frente à autoridade central. Nesse caso se discutiu a legitimidade de Estados da Federação¹⁵⁸, especialmente o Estado de Santa Catarina, em obrigar, mediante lei, a instalação por empresas operadoras de telefonia de equipamentos tecnológicos em estabelecimentos prisionais com a finalidade de bloquear sinais de telecomunicações. A lei estadual questionada visava impossibilitar o uso de celulares no interior desses estabelecimentos, mas a questão a ser resolvida não era relativa ao mérito dessa finalidade.

O objeto do julgamento dizia respeito à possibilidade de um Estado federado ter poder (competência) para impor tal obrigação. A Constituição Federal brasileira estabelece a organização dos poderes dos entes da federação - União, Estados, e Municípios - em seu texto. Atribui poderes privativos à União em determinadas matérias como a que foi suscitada no caso, o poder para legislar sobre serviço de telecomunicações¹⁵⁹. Por outro lado, atribui poder normativo comum e responsabilidade por todos os entes federativos quanto à segurança pública¹⁶⁰, assunto que também se liga ao tema da legislação estadual questionada.

A questão que então estava posta sob julgamento era a de saber se a lei estadual que tratava tanto de (1) segurança pública como de (2) serviço de telecomunicações “invadia” ou não a competência atribuída à União. Dito de outra forma, teria ou não poder, os Estados federados, para impor a obrigação de operadoras de telefonia instalar bloqueadores de sinal de telecomunicação nas proximidades de presídios?

As posições do Ministro Fachin e o Ministro Gilmar Mendes ilustram nesse caso desacordos valorativos a respeito dos poderes dos entes federativos. O voto do Ministro Fachin, sustentando a constitucionalidade da lei estadual, foi calcado nos seguintes argumentos: (1) a Constituição Federal de 1988 introduziu um federalismo de tipo diferente

¹⁵⁷Supremo Tribunal Federal. ADI 4861. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/08/2016, publicado em DJE e DOU em 08/08/2016.

¹⁵⁸Outros Estados também criaram leis de mesma natureza como é o caso, por exemplo, do Mato Grosso do Sul.

¹⁵⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (Artigo 22, inciso IV, da Constituição Federal de 1988).

¹⁶⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Artigo 144 da Constituição Federal de 1988).

que suas antecedentes, o que nominou como “federalismo cooperativo”¹⁶¹, (2) a própria jurisprudência do Tribunal, - que no seu entender pende para a centralização de poder na figura da União -, não é condizente com esse “novo” federalismo” e que por isso era “necessário explorar o alcance do federalismo cooperativo esboçado na Constituição de 1988”. Desse modo, (3) em casos onde há „conflito de interesses” se deve adotar uma presunção de autonomia a favor dos entes menores e, assim, (4) apenas quando lei federal dispor de uma “regra clara” a indicar que os efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores é que a presunção a favor destes deve ser afastada¹⁶².

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ação, adotou uma posição distinta no (1) juízo meritório da questão e na (2) na própria metodologia que acreditava ser a correta para o julgamento de questões que envolvem a competência de entes federativos. Segundo ele, a questão que repercutia no caso se relacionava à possibilidade dos Estados federados poderem regular serviços de telecomunicações, sendo que para resolver casos dessa natureza há a necessidade, no seu entendimento, de realizar a “subsunção” da lei em relação às regras constitucionais que estabelecem os poderes dos entes federativos. Em nítido enfoque de caráter textualista, o Ministro entendeu que “a Constituição Federal estabelece, de forma suficientemente clara, a incompetência dos entes estaduais para legislar sobre a matéria [de telecomunicações]”¹⁶³.

Observa-se das razões que veiculam os Ministros um desacordo valorativo de fundo sobre como compreendem os valores que inspiram a federação brasileira e a autonomia dos entes federados. O Ministro Fachin assume a posição de que deve existir em casos controversos a respeito dos poderes dos entes federativos uma interpretação dessas regras que sobrevalorizem os entes regionais e locais como “verdadeiros laboratórios legislativos” no sentido de que possam buscar soluções adequadas para os seus “problemas peculiares”, enquanto que para o Ministro Gilmar Mendes o federalismo inscrito e inspirado na Constituição Federal de 1988 resolvia a questão posta em juízo mediante a simples subsunção de uma de suas regras ao caso debatido.

¹⁶¹Federalismo cooperativo é uma concepção de federalismo. Como explica ZIMMERMANN, “o federalismo cooperativo não dispõe de fronteiras claramente definidas na questão da distribuição das competências dentre os níveis autômos de poder. O objetivo explícito é, em síntese, a promoção de uma livre cooperação da União com as entidades federadas.” ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 57.

¹⁶²Supremo Tribunal Federal. ADI 4861. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/08/2016 , publicado em DJE e DOU em 08/08/2016.

¹⁶³Supremo Tribunal Federal. ADI 4861. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 03/08/2016 , publicado em DJE e DOU em 08/08/2016.

Tanto a APDF 378 como a ADI 4861 são exemplos de casos relacionados às questões estruturais que demonstram suscitar um desacordo valorativo a respeito do que se decide, não obstante tais desacordos sejam muitas vezes ofuscados por termos técnicos que as decisoras explicitam para formar as suas convicções. Contudo, a linguagem técnica ou formal não impede de observar que na deliberação constitucional a respeito dessas questões também há um desacordo valorativo de caráter moral sobre os valores relacionados à estrutura governamental.

Nas seções seguintes tanto a função das regras que conferem poderes como os desacordos que surgem a partir de casos onde estas são discutidas dão lugar a argumentos mais diretos, de caráter teórico, quanto à distinção entre as questões estruturais e as questões dos direitos no tocante à pergunta da justificativa para o controle de constitucionalidade. Compreendido que (1) regras que conferem poderes operam sobre um eixo de poder normativo que cumprem uma função distinta e que (2) sobre tais regras também há desacordos valorativos de fundo que dizem respeito aos valores que justificam a própria estrutura governamental, acredito que os argumentos da próxima seção possam fluir de maneira menos obstaculizada.

II.2 Controle de constitucionalidade das questões estruturais e a objeção democrática

No recente livro de Dimitrios Kyritsis sobre o controle de constitucionalidade, onde o autor discute tanto a legitimidade como os limites do instituto a partir da ideia de direitos, há uma instigante nota de rodapé. Nela o autor afirma o seguinte:

“(...) deixo fora do escopo da minha investigação o controle de constitucionalidade sobre questões estruturais, aquelas que dizem respeito à distribuição do poder político, quer vertical (entre instituições que operam em diferentes níveis de governança, por exemplo, federal ou central em oposição ao nível estatal ou descentralizado) ou horizontal (entre instituições que operam no mesmo nível de governança). Duvido que a distinção entre as questões estruturais e as questões dos direitos é particularmente forte, pelo menos no que se relaciona à legitimidade do controle de constitucionalidade, mas não devo discutir de outra forma neste livro”¹⁶⁴.

Com se observa, afirmando que estaria fora de seus objetivos a abordagem das questões estruturais, é possível então perceber que Kyritsis intui que especificamente na

¹⁶⁴KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 54

questão da legitimidade do controle de constitucionalidade, a distinção entre questões estruturais e as questões dos direitos não apresentam problemas distintos¹⁶⁵.

Numa análise preliminar, a intuição de Kyritsis vai de encontro à posição que é sustentada por Learned Hand, posição que apresentei detidamente na introdução do trabalho. Nesta última há uma percepção de que a objeção ao controle de constitucionalidade na área dos direitos não vincula a posição que é reivindicada quanto à legitimidade do instituto nas questões estruturais. Diante dessa ideia, poderíamos conceber que (1) as questões estruturais e as questões de direitos são de natureza distintas e que (2) acolhem tanto críticas e justificativas diferentes no que se relaciona à legitimidade do controle de constitucionalidade.

Adrienne Stone, a partir da abordagem da objeção democrática de Jeremy Waldron, ofereceu razões para rejeitarmos essa ideia¹⁶⁶. Segundo a autora, o controle de constitucionalidade de questões estruturais (que denominou de “*structural judicial review*”) estaria sujeito às mesmas razões que se aplicam à objeção à democrática suscitada em face do controle de constitucionalidade das questões dos direitos. Haveria então uma incoerência naquelas que, por razões democráticas, se opõem ao controle de constitucionalidade no tocante aos direitos, mas assim não o fazem quanto às questões estruturais.

A autora compreende que o debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade de questões estruturais é ofuscado pela temática dos direitos¹⁶⁷. O propósito de Stone então é o de perquirir se existe alguma razão para conceber como legítimo o controle de constitucionalidade na esfera estrutural e, de mesmo lado, se opor ao instituto na área dos direitos. Mais detalhadamente, a autora está interessada em saber se quem se opõe ao controle de constitucionalidade na esfera dos direitos por razões democráticas pode, não obstante tal oposição, encontrar uma base de razões para conceber o instituto como

¹⁶⁵Caso a intuição do autor encontre razões que a ampare (tal como acredito), poderíamos conceber que as próprias justificativas que o autor oferece para o controle de constitucionalidade na área dos direitos se aplicam de igual maneira à esfera estrutural. Abordarei a justificativa que Kyritsis fornece para o controle de constitucionalidade no capítulo seguinte.

¹⁶⁶STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 1-32. e STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 109-135.

¹⁶⁷**Ibid.**, p. 01. Stone compreende que isso seria justificável se direitos fossem apenas o único foco do controle de constitucionalidade, mas em países como Canadá, Austrália (e acrescento Brasil), com uma extensiva carta constitucional escrita, as juízas desses Tribunais também interpretam e aplicam as regras que dizem respeito à estrutura governamental

justificável em questões estruturais, entendimento que ela aponta como geralmente compartilhado entre as opositoras do instituto¹⁶⁸.

Em seu artigo, de maneira inicial, Stone apresenta a ideia de que uma objeção simples poderia aparecer diante de seus propósitos: as cláusulas que estabelecem direitos estão vazadas em uma linguagem abstrata, o que confere ampla discricionariedade às juízas. De maneira diferente, regras estruturais (tais como as que prescrevem poderes) apresentam uma linguagem muito mais técnica e específica¹⁶⁹. Já então por essa razão, imagina Stone, uma opositora do controle de constitucionalidade poderia manter que nas questões dos direitos é conferida uma discricção muito mais ampla às julgadoras e, nesse sentido, a crítica corrente ao controle de constitucionalidade não „atingiria“ a esfera estrutural.

Apesar de simples, essa objeção encontra peso quando pensada a relação entre o controle de constitucionalidade e as questões estruturais. Como referido na seção anterior, na deliberação dessas questões, a maior presença de termos técnicos e específicos, bem como a ideia de que o „regime de competências“ está amplamente delimitado, conduzem à impressão de que não há a possibilidade de qualquer liberdade (ou discricção) por parte das julgadoras na deliberação sobre esses casos.

Stone aponta que esse argumento relaciona o problema da discricionariedade com o da vagueza das regras. Contudo, entende que por esse critério - vagueza - , regras que prescrevem direitos e regras que prescrevem poderes não podem ser distinguidas. O argumento que avança nesse sentido é o de que regras como as que estabelecem direitos podem tomar uma forma específica como é o caso, por exemplo, de uma regra que estabeleça que „não haverá penas de morte“ enquanto que regras que cuidam de poderes governamentais podem se utilizar de termos bem menos precisos como „a União não intervirá nos Estados, exceto para manter a integridade nacional“¹⁷⁰.

Para além dessas situações circunstanciais, Stone argumenta que é inerente a qualquer regra a generalidade e a indeterminação, sendo que há uma certa pressão para que regras apresentem certa generalidade em contextos constitucionais¹⁷¹. É interessante observar

¹⁶⁸STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008). p. 02.

¹⁶⁹*Ibid.*, p. 08.

¹⁷⁰Registro que os exemplos de regras utilizados nesse parágrafo são meus e extraídos da Constituição Federal brasileira de 1988.

¹⁷¹Nesse sentido, a própria „textura aberta da linguagem“ aponta que toda e qualquer regra envolve um „núcleo duro de significado“ e uma zona de penumbra. Ver, nesse sentido, HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

a relação que há entre a indeterminação que pode existir em qualquer regra em função dos limites naturais da própria linguagem e também a partir das circunstâncias posteriores não previstas no momento de elaboração da regra em que se requer aplicação. Em sentido muito próximo ao que veicula a autora, Katya Kozicki, abordando o trabalho de H. L. A. Hart sobre a questão dos limites da linguagem, afirma que

“os limites naturais da linguagem impedem que o direito se expresse através de enunciados unívocos, gerando a necessidade de o intérprete buscar – dentro desse mesmo sistema – a complementação de significado dos termos não claros”¹⁷².

Com isso, para Stone, a indeterminação das regras é um argumento simplório e equivocado que uma opositora do controle de constitucionalidade poderia apresentar para, mirando o controle de constitucionalidade de questões estruturais, dizer que se trata de questão de natureza distinta da que ocorre nas questões dos direitos. Nesse sentido, Stone observa que, no caso de ser a discricionariedade de juízas o critério para realizar a distinção, a própria prática geral e corrente de cortes constitucionais, ao lançar mão de princípios na tomada de decisão sobre questões estruturais, ruiria qualquer ideia de que não há discricionariedade conferida às cortes quando diante de cláusulas estruturais¹⁷³.

Outro ponto suscitado pela autora é direcionado à justificativa para a atribuição das cortes constitucionais avaliarem as questões estruturais. Tal como já vimos no capítulo anterior, uma das reivindicações da objeção democrática ao controle de constitucionalidade nas questões dos direitos é a de que juízas não podem reivindicar legitimamente um peso de decisão maior ao que as pessoas devem possuir em questões pelas quais há um profundo desacordo em temas que envolvem controvérsias de ordem moral. Poderia ser questionado nos assuntos de natureza institucional que tipo de desacordos esse tema suscita e se esses têm *status* moral assim como se dá nas questões dos direitos.

Pela razão de que regras que conferem poderes não invocam explicitamente princípios morais como igualdade ou liberdade, Stone sustenta que poderia ser pensado que

“a tarefa judicial [nesses casos] é identificar objetos físicos, áreas de atividade, instituições sociais e jurídicas e conceitos políticos, ou exercer

¹⁷²KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o Positivismo Jurídico. Textura Aberta do Direito e Discricionariedade Judicial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 96.

¹⁷³STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 11. Como procurei apresentar na seção anterior, também na Corte constitucional brasileira é corrente o uso de princípios na tomada de decisão sobre questões estruturais, tais como o da separação de poderes e os que se relacionam ao federalismo.

juízos prudenciais sobre o melhor caminho para implementar normas constitucionais”¹⁷⁴.

São duas as rotas de argumentação que a autora desenvolve para rejeitar essa ideia.

Primeiro, assume que a interpretação constitucional de questões estruturais requer algo semelhante ao juízo moral envolvido na questão dos direitos¹⁷⁵, mas evita o uso do termo „moral“. Isto se dá porque para a autora a palavra „moral“ pode ser pródiga em gerar confusão na razão de que (1) pode assumir percepções mais sofisticadas, no sentido de ser usada para distinguir concepções filosóficas a respeito da natureza da avaliação moral que a distingue de outros tipos de juízos avaliativos ou, em um sentido mais comum, (2) pode invocar um conjunto de questões afetas ao estilo de vida individual e que aparentam não ter relação com juízos avaliativos realizados nas decisões que envolvem questões estruturais¹⁷⁶.

Segundo, a autora aponta que a objeção democrática ao controle de constitucionalidade na área dos direitos, especificamente a *waldroniana*, não se relaciona com distinções a respeito do que é ou não moral. Com relação a essa ideia, Stone sustenta que a objeção suscitada por Waldron diante do juízo avaliativo realizado por cortes constitucionais tem a ver com a circunstância de que essas instituições fazem essa espécie de juízo sobre questões em que há um razoável desacordo entre as pessoas de uma comunidade, independentemente de que consideremos o que seja efetivamente um juízo de natureza moral. Sendo assim, a objeção não é dirigida a partir da especificidade do caráter do tipo de juízo a respeito dos direitos, mas no fato de que (1) o juízo é valorativo e que (2) é realizado em circunstâncias onde as pessoas razoavelmente discordam. Desse modo, como refere a autora, “isso seria parecer, ao menos *prima facie*, que as objeções democráticas endereçadas aos direitos, deveriam ser também endereçadas à questões estruturais”¹⁷⁷.

Stone não omite que em questões estruturais os juízos avaliativos sejam mais obscuros do que nos casos dos direitos. Para a autora, de maneira corriqueira, é comum observar que juízas proferem suas decisões nessas questões lançando mão de termos técnicos

¹⁷⁴STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 11.

¹⁷⁵**Ibid.**, idem. Nas suas palavras: “sem querer negar a relevância desses tipos de questões para o controle de constitucionalidade das questões estruturais, mantenho ainda que a interpretação constitucional na esfera estrutural requer algo parecido com o „juízo moral envolvido na interpretação dos direitos constitucionais.”

¹⁷⁶**Ibid.**, p. 12.

¹⁷⁷**Ibid.**, idem. Além desses argumentos, Stone ainda se utiliza de exemplos de casos de seu país, Austrália, para demonstrar que em alguns dos casos de questões estruturais que diretamente se ligam aos direitos, juízes se utilizam de uma linguagem mais explicitamente avaliativa. Contudo, para ela, mesmo nos outros casos de controvérsia institucional onde há uma ausência de uma linguagem escancaradamente moral, não se exclui a necessidade de que haja um juízo avaliativo.

ou argumentos textuais, sem referência à influência de questões mais abertamente valorativas¹⁷⁸. Contudo, para Stone, isso não quer dizer que julgadoras não façam tais juízos¹⁷⁹.

Para além disso, segundo aponta Stone, mesmo na questão dos direitos, a deliberação constitucional não é puramente moral ou avaliativa. Precedentes, regras, argumentos e documentos trazidos pelas partes são „materiais“ que, no entender da autora, impedem que se diga que a deliberação constitucional nas questões dos direitos seja apenas moral em um sentido mais forte. Além disso, nenhum substrato fático ou mesmo tão somente „judicial“ no sentido de „técnico“ exclui a necessidade de avaliação daquele que aplica regras que dizem respeito à estrutura governamental¹⁸⁰. A posição de Stone quanto ao controle de constitucionalidade das questões estruturais, como questão central, é a de que por esse instituto se atribui às juízas “uma tarefa avaliativa de determinada da natureza de nossas estruturas governamentais”¹⁸¹. Essa „tarefa avaliativa“ de determinada natureza consiste em “escolhas em função do valor entre concepções concorrentes sobre a natureza dos arranjos constitucionais”, tal como se dá nas questões dos direitos, onde juízas e juízes “fazem escolhas entre concepções concorrentes [sobre a natureza] dos direitos”¹⁸².

Embora considere como uma subespécie de questões estruturais, Stone dedica grande parte da demonstração dos seus argumentos aos casos que envolvem disputas federativas. O *federalismo*, conforme já apresentado, é um sistema de governo que equilibra dois valores, a centralização governamental e a autonomia local. Disso decorre para a autora que a deliberação sobre casos relacionados ao federalismo envolve assuntos que dizem respeito à governabilidade, sendo que sobre ele há distintas concepções que as pessoas (cidadãs, professoras, juízas, etc.) possuem, o que fica explícito pelos desacordos que se apresentam quanto aos valores atinentes a essa prática.

Nesse sentido, para Stone, mesmo aqueles que pensam que o federalismo é a melhor e mais justificada forma de governo, discordam sobre como ele é ou deve ser melhor realizado. Considerada por Stone como proposição central da objeção democrática o desacordo das pessoas sobre valores de maneira geral e também a circunstância da ausência

¹⁷⁸STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 19.

¹⁷⁹Essa ideia avançada por Stone se liga ao que na seção anterior apresentei sobre os casos em sede do Supremo Tribunal Federal em razão de que ali vimos que valores relacionados à estrutura governamental informam a decisão tomada pelas ministras.

¹⁸⁰*Ibid.*, p. 20.

¹⁸¹*Ibid.*, idem.

¹⁸²*Ibid.*, idem.

de acordo sobre o método correto para resolver essas disputas, as questões estruturais (e especialmente questões relacionadas ao federalismo) parecem apresentar a mesma condição que as questões dos direitos. Nesse aspecto, argumenta a autora:

“Como os relativos méritos das várias formas de federalismo podem ser determinadas? Como os benefícios de eficiência e uniformidade decorrentes de um poder central forte deve ser sopesado contra os benefícios de preservar pequenas unidades políticas nas quais cidadãos têm um interesse comunitário próximo com aqueles que as governam?”¹⁸³.

Tal como na ideia de direitos, onde as circunstâncias da política teorizadas por Waldron tornam “irrelevante” a objetividade de questões valorativas¹⁸⁴, Stone sustenta que não dispomos de um método no qual todos concordem para resolver as questões federativas. Desse modo, se uma opositora do controle de constitucionalidade levanta ceticismo quanto à capacidade de juízas para resolver desacordos sobre direitos, parece não haver razão, segundo Stone, para assim não se colocar quanto às questões que envolvem a estrutura governamental¹⁸⁵.

Contudo, uma opositora do controle de constitucionalidade na área dos direitos poderia apontar que nas questões estruturais apenas se atribui às juízas a decisão sobre uma forma de alocação de poder normativo entre vários níveis de governo representativos. Nessas questões, prosseguiria, o poder normativo final ainda estará nas mãos de instituições representativas e, por essa razão, o controle de constitucionalidade nessa área não teria efeitos contramajoritários que é a razão central para a oposição ao instituto – por essa ideia, a corte constitucional quando decide um caso que envolve questões institucionais ou federativas não suprime uma decisão tomada pelas pessoas por meio de instituição representativas. Não seria,

¹⁸³STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 17.

¹⁸⁴Waldron dedica um capítulo específico de *Law and Disagreement* para tratar da relação entre a objetividade e uma teoria da autoridade nas circunstâncias da política. Não que o autor negue a existência da defesa da objetividade dos juízos valorativos, isto é, que efetivamente possa existir uma resposta correta a essas questões - quando afirma que, nas circunstâncias de desacordos sobre direitos, „*não é adequado dizer*” que a opinião que deve prevalecer é aquela que traz a „*verdade sobre direitos*” não está dizendo que nesse âmbito a verdade (objetividade) não possa existir. O argumento suscitado pelo autor é o de que a objetividade é “irrelevante” nas circunstâncias onde as pessoas divergem tanto sobre o que seja a „resposta correta” como também com relação ao método que acreditam ser adequado para chegar até ela. Ver, nesse sentido, WALDRON, Jeremy. *The Irrelevance of Moral Objectivity* in WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

¹⁸⁵STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 17.

tal como Bustamante observou, uma decisão “intrusiva na vontade do povo”¹⁸⁶ e, por essa razão, a objeção democrática não permaneceria para essas questões.

Como Stone aponta, o argumento segue a ideia de que nas questões federativas a decisão da corte “apenas determina quais dos dois possíveis foros majoritários irá prevalecer”¹⁸⁷. A autora aponta que o problema desse tipo de linha argumentativa é o de que negligencia o fato de que nesses casos de controvérsias federativas a tomada de decisão por cortes constitucionais “é inteiramente alocada com o poder judiciário e permanece além de uma revisão legislativa”¹⁸⁸. Teria também, segundo Stone, outro sentido em que as decisões das cortes na área estrutural atingiria o cerne do que é o problema do efeito contramajoritário - ao decidirem esses casos, cortes constitucionais definem os valores que se aplicam à estrutura governamental, valores que muitas das vezes não são sequer concebidos por instâncias representativas¹⁸⁹.

Na última parte do seu artigo, Stone passa a abordar a ideia de que o federalismo pressuporia o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, uma objetora do controle de constitucionalidade, pensa Stone, poderia alegar que sem uma instituição como uma corte constitucional para aplicar os limites federativos nos conflitos entre entes da federação, o federalismo “inevitavelmente colapsaria”¹⁹⁰. Como aponta a autora, o argumento ainda poderia ser reforçado por uma segunda ideia, notadamente a de que o controle de constitucionalidade seria “necessário para prover a solução de disputas federativas porque disputas federativas (...) requerem de maneira especial uma decisão (*settlement*) por uma

¹⁸⁶BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016. p. 41-42

¹⁸⁷STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 17.

¹⁸⁸**Idem.**, p. 21. A autora se utiliza do exemplo australiano onde há um favorecimento da corte constitucional daquele país para decisões que fortalecem a centralização governamental em detrimento dos entes locais e isso se dá sem a revisão de um fórum participativo. Acredito que esse argumento é ilustrativo de que qualquer posição que seja adotada pela corte, será uma posição não adotada por uma instituição representativa, o que será criticável a partir do que veicula a objeção democrática. É digno de nota o fato de que a “centralização governamental” é também uma das críticas que se fazem ao Supremo Tribunal Federal no âmbito da resolução de controvérsias federativas. Ver, nesse sentido, MAUÉS, A.G. M. *Justiça constitucional e espaço constitucional infranacional: os casos de Espanha e Brasil* in *Federalismo e Constituição: Estudos Comparados* in Maués, A. M. (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012 e também ARONEY, N. and KINCAID, J. *Courts in Federal Countries: Federalists or unitarists?*. Toronto: UTP, 2017.

¹⁸⁹STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 23.

¹⁹⁰**Idem.**, p.24.

terceira parte”¹⁹¹, mais do que outros tipos de divergências constitucionais. Diante disso, sugere o argumento, há sobre essas questões uma inevitabilidade de decisão¹⁹².

A resposta que Stone provê a essas possíveis objeções é a de que o controle de constitucionalidade é apenas um dentre outros mecanismos para solucionar conflitos federativos (e institucionais), sendo que a existência desses conflitos não justificaria por si só o instituto nessa área. Como apontado pela autora, diversas federações não utilizam apenas o mecanismo judicial para resolver seus conflitos federativos, sendo considerável, a partir disso, que não se pode conceber como necessário o controle de constitucionalidade para a existência da federação. Confundiríamos um „simples” procedimento com a própria prática que ele busca assegurar. Desse modo, para Stone, o que esse argumento apresenta é, na realidade, “uma desconfiança dos processos políticos majoritários e uma preferência correspondente para confiar aos tribunais a tarefa de moldar as instituições constitucionais”¹⁹³.

A segunda ideia para Stone é mais persuasiva. Pensemos no caso de uma pessoa que é sujeita a duas obrigações inconsistentes (contraditórias), uma imposta por um ente federal e outra por um ente local. Essa, para Stone, ilustra uma circunstância onde se torna premente a “necessidade de uma decisão” e isto poderia sugerir que seja “necessário” o controle de constitucionalidade – a decisão da corte constitucional a respeito de qual dessas obrigações prevalece. Porém, a autora argumenta que a necessidade de uma decisão não demonstra, de maneira lógica, a necessidade de uma decisão por meio do controle de constitucionalidade¹⁹⁴ - outros procedimentos poderiam garantir que uma das leis prevalecesse e que não necessariamente teria de ser por meio do controle de constitucionalidade.

Stone, ainda nessa linha, aborda que se poderia imaginar argumentos que sustentassem que o controle de constitucionalidade é um mecanismo necessário em questões estruturais porque não se pode esperar que as próprias partes que compõem essas disputas (entes federativos ou instituições governamentais) ajam sem auto-interesse. Se casas legislativas federais fossem as árbitras dessas disputas, certamente seriam responsáveis pelo

¹⁹¹STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 25.

¹⁹²Esse tipo de argumento é sustentado por Bustamante. ver BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016. p. 41-42

¹⁹³STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 25.

¹⁹⁴*Ibid.*, p. 27.

enforcement dos valores federativos e decidiriam de uma maneira que aumentariam os seus poderes sobre outras instituições¹⁹⁵.

A autora compreende que a posição é atraente, mas não está disponível para uma opositora do controle de constitucionalidade, uma vez que esta reivindica legitimidade no trabalho de legislaturas em resolver, de boa-fé, desacordos sobre as questões de direitos, o que implica considerar que assim resolvam os conflitos a respeito de questões estruturais¹⁹⁶. Nesse sentido, segundo Stone, as objeções democráticas ao controle de constitucionalidade (1) “negam que as juízas são exclusivamente qualificadas para serem guardiões de direitos”, e ainda, (2) “rejeitam o ceticismo comum da capacidade das instituições majoritárias (...)”¹⁹⁷.

A única alegação apontada por Stone que poderia ser defendida por uma opositora do controle de constitucionalidade nas questões dos direitos, a fim de assumir uma posição contrária no tocante à esfera estrutural, seria a de que o instituto seria a *melhor* forma de resolver essas disputas - *better settlement argument* - com a ressalva de que não estariam disponíveis razões que indicassem uma *expertise* superior distinta de juízas para deliberarem sobre tais questões¹⁹⁸. Na realidade, a qualidade atribuída ao mecanismo estaria relacionada à ideia de que nas questões estruturais “o papel judicial é justificado porque cortes são consideradas exclusivamente adequadas para proporcionar uma interpretação estável da constituição”¹⁹⁹ e, nesses casos, “pelo menos onde as normas constitucionais são escritas (...), precisamos [dessas instituições] para prover soluções autoritativas dos seus significados”²⁰⁰.

Mas mesmo essa razão, segundo Stone, não poderia ser utilizada em princípio por uma opositora do controle de constitucionalidade, pois implicaria a assunção da ideia de que há uma necessidade maior que as disposições estruturais sejam resolvidas do que as controvérsias sobre direitos, o que implicaria uma distinção de importância (ou essencialidade) sobre esses dois tipos de disposições e omitiria, por exemplo, a circunstância de que mesmo em questões estruturais, “direitos podem ser vistos como elementos essenciais do processo constitucional”²⁰¹. O problema apontado por Stone é o de que não é apenas essa *settlement necessity* que está em jogo em questões governamentais, pois direitos também são

¹⁹⁵STONE, Adrienne. *Judicial Review without rights: some problems for the democratic legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, vol. 28. n. 01 (2008), p. 26.

¹⁹⁶*Ibid.*, idem.

¹⁹⁷*Ibid.*, p. 27.

¹⁹⁸*Ibid.*, idem. Nas suas palavras, “se negarmos que tenham essa capacidade em relação aos direitos, por que lhes conferimos maior autoridade em relação às questões estruturais?”.

¹⁹⁹*Ibid.*, p. 28.

²⁰⁰*Ibid.*, idem.

²⁰¹*Ibid.*, p.29.

valores que estão presentes na origem desses processos. Nesse sentido, essa ideia, não fornece um argumento de aplicação geral na qual opositoras do instituto nas questões dos direitos podem se apoiar. Segundo a autora,

“Na melhor das hipóteses, sugere uma maneira de sustentar o instituto diante alguns elementos „essenciais“ ou „fundamentais“ de uma constituição no qual a necessidade de resolução é especialmente aguda. No entanto, aqueles elementos „essenciais“ não correspondem necessariamente à esfera estrutural da constituição”²⁰².

Após todos esses argumentos, a conclusão de Stone é a de que aquelas que se opõem ao controle de constitucionalidade por razões democráticas não possuem razão, em princípio, para concebê-lo como justificável nas questões estruturais e, diante disso, não há diferenças qualitativas entre essas duas questões no tocante à legitimidade do controle de constitucionalidade.

O artigo de Stone foi alvo de críticas por parte de Jeffrey Goldsworthy²⁰³ e Nicholas Aroney²⁰⁴. No restante desta seção essas críticas serão abordadas.

Goldsworthy, de modo contrário ao que defende Stone, acredita que algumas características do que denomina “*structural review*” (controle de constitucionalidade das questões estruturais) são distintas do que denomina como “*rights review*” (controle de constitucionalidade das questões dos direitos) e por isso não são suscetíveis à objeção democrática²⁰⁵. Como procurei apresentar, Stone inicialmente levantou argumentos relacionados à deliberação por parte de *Cortes* que envolvem (1) a alocação de poder para juízas e juizes decidirem (2) questões valorativas a respeito da estrutura governamental, questões em que ela assume que (3) há uma razoável desacordo entre as pessoas sobre qual a melhor decisão a ser tomada.

Dessas ideias Goldsworthy não discorda²⁰⁶. Segundo o autor, casos relacionados às questões estruturais demandam juízos avaliativos a respeito dos valores da governança

²⁰² *Ibid.*, idem.

²⁰³ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 137-154.

²⁰⁴ ARONEY, Nicholas. *Reasonable Disagreement, Democracy and the judicial safeguards of Federalism*. Queensland Law Journal, vol. 27, n. 1, p. 129-143, 2008.

²⁰⁵ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 137. O autor compreende a objeção democrática como sendo a arguição de que atribuir o poder de revisão às cortes é incompatível com o direito democrático de os cidadãos participarem em termos iguais na tomada de decisão pública.

²⁰⁶ É inclusive lembrado pelo autor que o sistema constitucional australiano, oferece um prodígio caminho para o teste das ideias de Stone, vez que naquele país não há uma carta de direitos e os assuntos decididos pela Corte Constitucional daquele país tocam predominantemente no tema da estrutura governamental

institucional por parte de juízas e que não apenas estas, mas também as pessoas de modo geral, razoavelmente discordam²⁰⁷. Goldsworthy aponta que grande parte da argumentação de Stone é focada nas disputas de poderes entre entes federativos e é justamente nesse tema que a posição da autora é enfraquecida. No entender desse autor, qualquer reivindicação feita por entes federativos representativos podem estar ligadas a uma determinada opinião majoritária e, nesses casos, não é claro quais das opiniões majoritárias devem prevalecer²⁰⁸.

Disputas entre entes federativos se dão dessa forma? Segundo Goldsworthy, podemos pensar que sim. Um ente federativo local e representativo estabelece uma lei que é posteriormente impugnada por um ente federativo (também representativo) nacional. Estamos, no caso, diante de duas „opiniões majoritárias“ distintas e por essa razão a objeção democrática não se aplicaria a esses casos²⁰⁹. Goldsworthy argumenta então que o princípio da regra majoritária inteiramente se aplica a cada um desses entes, sendo que “seria contrário à natureza da federação pelo mesmo princípio governar a resolução de disputas que residem entre elas”²¹⁰. Novamente, quaisquer das opiniões que prevaleçam nesses casos serão majoritárias em algum sentido e por isso, segundo o autor, não haveria que se falar em uma objeção de natureza democrática a esses casos.

Outra linha de argumentação tomada por Goldsworthy se refere aos tipos de cláusulas estruturais. O autor entende que a „natureza“ de algumas dessas cláusulas impede que a objeção democrática se aplique a elas quanto ao controle de constitucionalidade das mesmas. Nesse sentido, cláusulas que se apresentam de maneira mais formal e técnica como as que estabelecem os requisitos de *quórum* para votação legislativa ou as que determinam onde se deve dar a iniciativa de certos atos (como orçamento, por exemplo) não estariam expostas à objeção democrática. Segundo o autor, o controle de tais cláusulas por cortes constitucionais não afeta o poder substantivo de casas representativas. Muito ao contrário, contribuem para uma deliberação legislativa mais robusta que favorece uma proteção mais forte de direitos por meio desse mecanismo. Nesse sentido, não haveria nesses casos

²⁰⁷GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 138

²⁰⁸*Ibid.*, p. 139

²⁰⁹Esse é um argumento também enfatizado por Bustamante para referir a diferença dessas questões para as questões dos direitos.

²¹⁰GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 139.

específicos uma diminuição do poder que se concede às instâncias representativas e por isso não seria aplicável a objeção democrática ao instituto no trato dessas questões²¹¹.

Há ainda um último ponto a se destacar da abordagem de Goldsworthy. Stone, em „*Judicial without rights*“, tal como acima apresentado, desenvolve o argumento de que atribuir à *cortes* o julgamento de conflitos federativos não é nada mais do que desconfiar que legislaturas possam resolver adequadamente esses conflitos, uma desconfiança semelhante ao que as opositoras do controle de constitucionalidade apontam que há, por parte de defensoras do instituto, em face de legislaturas nas questões dos direitos.

O autor reconhece essa argumentação como mais poderosa e parece concordar relativamente com ela. Compreendido que procedimentos para resolver as disputas entre entes federativos são estabelecidos para que se determine quais dos entes federativos deve prevalecer, Goldsworthy entende que (1) devem ser independentes dessas vontades, mas também (2) envolver a participação das pessoas ou algum tipo de compromisso com elas²¹². Contudo, para o autor, o controle de constitucionalidade fornece uma versão da primeira alternativa, enquanto que um arranjo legislativo bicameral onde uma „casa“ representa as cidadãs de todo o país e outra representa cidadãs de estados particulares, por exemplo, fornece uma versão para a segunda alternativa²¹³. Nesse sentido, Goldsworthy compreende que

“se os métodos judiciais inerentes ao controle de constitucionalidade ou os métodos políticos inerentes ao sistema bicameral proporcionam uma maneira superior de lidar com disputas sobre tomada de decisão em uma determinada

²¹¹ GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 143. Há ainda outros tipos de cláusulas estruturais que, segundo o autor, excepcionam a objeção democrática. Essas são (1) as que cuidam de garantir a separação de poderes e independência judicial e as que (2) tratam do impedimento de discriminação a residentes ou empresas de outros estados federativos – essas últimas são cláusulas da Constituição que dizem respeito à proteção de grupos minoritários. Quanto às primeiras, segundo o entendimento do autor, a objeção “não se aplica a decisões judiciais sobre os direitos e deveres legais concretos das partes, com base na aplicação das leis gerais que os legisladores fizeram e são livres para mudar”. Tais decisões advêm de cláusulas legislativas que estabelecem tal poder de decisão a um judiciário independente e não envolvem questões sobre princípios (vagos) de moralidade política que determinam questões gerais de políticas públicas. O controle dessas cláusulas pelas cortes favoreceria a independência judicial e isso não afetaria o que legislaturas podem determinar quanto aos direitos da pessoas, objeto do julgamento posterior dos tribunais. Já com relação às segundas, que tem a ver com unidade de tratamento por parte dos entes federativos no sistema australiano, o controle de constitucionalidade de tais cláusulas não estaria vulnerável à objeção *waldroniana*, pois como o próprio Waldron concede em „*The Core and the case*“, está fora do argumento central contra o controle de constitucionalidade os casos em que um grupo minoritário fosse realmente excluído do debate.

²¹² *Ibid.*, p. 141.

²¹³ *Ibid.*, p. 145.

federação, [isso] deve depender das suas próprias circunstâncias sociais e políticas”²¹⁴.

Nicholas Aroney, na abordagem dos argumentos de Stone, oferece críticas distintas das que ofereceu Goldsworthy. Compreendendo que os argumentos da professora de Melbourne são destinados a indicar que a objeção *waldroniana* ao controle de constitucionalidade também se aplica às questões estruturais, Aroney observa que um exame mais detido dos argumentos do próprio Waldron permitem compreender justamente o contrário²¹⁵. Nesse sentido, para o autor, os pressupostos da objeção *waldroniana* estão fundamentados na ideia de igualdade dos seres humanos, sendo que o argumento contra o controle de constitucionalidade é oferecido sob a ideia de que todas as pessoas devem ter igualdade de direitos e, nessa razão, todas devem ter um igual direito de participação nas decisões que afetam suas vidas²¹⁶. Desse modo, o autor compreende que crítica de Waldron ao controle de constitucionalidade é realizada a partir de uma associação entre igualdade, direitos humanos e tomada de decisão majoritária.

Aroney observa que para Waldron “a democracia é um meio superior para resolver disputas políticas, não apenas sobre qualquer coisa, mas sobre a natureza e alcance dos direitos individuais”²¹⁷ em razão de que “Waldron estipula que o processo de tomada de decisão deve ser um que pode ser aceito por todos os cidadãos afetados por uma decisão relativa aos seus direitos”²¹⁸. Segundo Aroney, esses pressupostos não são incoerentes com o que depois Waldron veio afirmar em seu “*The Core and the Case*”. No seu entender, a objeção ao controle de constitucionalidade se aplicaria em (1) uma sociedade com instituições democráticas funcionando regularmente que (2) compartilha um compromisso pelos membros da sociedade com direitos individuais e minorias. Contudo, no entender de Aroney, o que Waldron não aborda diretamente, mas está assumido a partir do pressuposto que utiliza é uma ideia “essencialmente lockeana de sociedade política”, onde “a natureza do seu governo é

²¹⁴GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural Judicial Review and the objection from democracy*. Toronto Law Journal, v. 60. n. 01, 2010. p. 145.

²¹⁵ARONEY, Nicholas. *Reasonable Disagreement, Democracy and the judicial safeguards of Federalism*. Queensland Law Journal, vol. 27, n. 1, p. 129-143, 2008. A crítica de Aroney a Stone é dirigida a dois aspectos, (1) ao da interpretação constitucional e ao do (2) desenho institucional. Aqui me restrinjo a esse último aspecto porque acredito que é o que implica ideias efetivamente contrárias às defendidas por Stone.

²¹⁶*Ibid.*, p.138.

²¹⁷*Ibid.*, idem.

²¹⁸*Ibid.*, idem.

“intrínseca e genericamente unitária e majoritária”²¹⁹, o que para Aroney se distancia sobremaneira de sociedades que possuem uma estrutura federativa.

Isso, segundo Aroney, se dá por duas razões. A primeira é a de que o *contrato social lockeano*, pressuposto da objeção de Waldron, é um construto intelectual para uma sociedade imaginada como justa. Não se trata de sociedades políticas reais, tais como as conhecemos, com uma estrutura federativa que tem sua formação mais ligada a acordos historicamente negociados. Seriam modelos teóricos experienciais que geram determinadas conclusões normativas²²⁰. A segunda razão apontada pelo autor é a de que a teoria política liberal, a qual ele alega que Waldron subscreve, se preocupa com sociedades políticas unitárias, “criadas através de um acordo hipotético entre os indivíduos portadores de direitos, e que olha para legislaturas democraticamente eleitas que tomam decisões por maioria como a forma mais adequada de resolver disputas sobre o significado e alcance dos direitos humanos”²²¹.

Nesse sentido, Aroney sustenta que federações não são sociedades unitárias e também não são majoritárias em qualquer sentido que essa palavra possa ter. Apesar de adotarem determinados procedimentos majoritários, estruturas federativas não seriam uma junção de pessoas que se unem para melhor preservação de seus direitos. São, no entender desse autor, um conjunto de comunidades políticas que se unem para uma melhor preservação de seus poderes governamentais²²². Outro argumento sustentado pelo autor está ligado à ideia de desacordos. Os desacordos sobre direitos seriam distintos dos desacordos sobre a estrutura federativa. A estrutura federativa é histórica e circunstancialmente contingente (*compacts*) e os modelos de solução de disputas sobre essas questões são escolhidos por razões prudenciais na base de consideração do que seria considerado mais adequado por parte dos interessados. Conforme sustenta Aroney,

“(…) pode haver, sem dúvida, um desacordo interpretativo sobre o significado desses *compacts*, mas o argumento de Waldron, que se baseia na lógica normativa lockeana da igualdade básica, dos direitos humanos e da tomada de decisão majoritária, simplesmente não tem incidência na questão de como as disputas federais deveriam ser resolvidas”²²³.

O autor ainda aborda uma „terceira via“ de entendimento que não permite compreender como aplicável a objeção democrática às questões estruturais. De modo muito

²¹⁹ ARONEY, Nicholas. *Reasonable Disagreement, Democracy and the judicial safeguards of Federalism*. Queensland Law Journal, vol. 27, n. 1, 2008. p. 139.

²²⁰ *Ibid.*, idem.

²²¹ *Ibid.*, p. 140.

²²² *Ibid.*, idem.

²²³ *Ibid.*, idem.

semelhante ao que Goldsworthy sustentou, Aroney indica que isso se dá porque Waldron, como vimos, compreende que o argumento central contra o controle de constitucionalidade não atinge as formas fracas do controle (*weak judicial review*), onde é provido mecanismos de *resposta ou exclusão* por parte de legislaturas às deliberações de cortes constitucionais. A ideia que Aroney avança é a de que nesses sistemas a decisão final a respeito da matéria deliberada não fica a cargo da corte constitucional e, sim, de uma instituição representativa²²⁴. A corte delibera, mas a decisão continua em “mãos democráticas”²²⁵. Assim, para Aroney, nas questões federativas, por um *critério waldroniano*, não estaríamos diante de uma forma de controle de constitucionalidade que estaria vulnerável às críticas sustentadas por razões democráticas.

Como se nota, foram vários argumentos lançados por Goldsworthy e Aroney em crítica às ideias veiculadas por Stone. Há alguns argumentos em comum, mas, de maneira geral, se diferenciam no modo como são ofertados para assumir que o controle de constitucionalidade de questões estruturais não estaria vulnerável às objeções democráticas. É possível observar que o texto de Goldsworthy está mais direcionado às questões relacionadas à diversidade das cláusulas estruturais, tomada de decisão majoritária e ao federalismo, enquanto que Aroney levanta o argumento (mais interno ao projeto waldroniano) de que a crítica democrática, e especialmente a própria crítica de Waldron, não se liga a sistemas federativos e não se aplica às questões estruturais.

As críticas dos dois autores, a partir de caminhos distintos, e sob o pano de fundo da discussão a respeito da consistência da objeção democrática em esferas distintas, convergem na assunção de que questões estruturais não levantam o mesmo tipo de problema que as questões dos direitos suscitam no tocante à legitimidade do controle de constitucionalidade. Diante disso, a ideia que esses dois autores estão veiculando é a de que não podemos tratar o problema da legitimidade do instituto, relacionado a essas duas questões, do mesmo modo. Dedicarei a próxima seção à abordagem da resposta que Stone publicou às críticas que recebeu e pretendo expressar como compreendo esse debate. Nesse sentido, apresento os resultados que acredito que ele apresenta para a questão do tratamento teórico conferido à justificativa para o controle de constitucionalidade.

III.3 Questões estruturais e direitos: mesmas características, mesmos problemas

²²⁴ ARONEY, Nicholas. *Reasonable Disagreement, Democracy and the judicial safeguards of Federalism*. Queensland Law Journal, vol. 27, n. 1, p. 129-143, 2008. p. 141

²²⁵ *Ibid.*, p. 142

Adrienne Stone ofereceu respostas às objeções levantadas por seus colegas e publicou-as em um artigo intitulado *Democratic objections to Structural Judicial Review*²²⁶.

Para a autora, a proposição central de Aroney é de que a crítica *waldroniana* não atinge o controle de constitucionalidade das questões estruturais em razão de seus pressupostos normativos não se adequarem às questões práticas ligadas à esfera estrutural. Contudo, para Stone, “nenhuma coisa há que suponha que as premissas de uma teoria normativa não nos dizem nada sobre recomendações práticas”²²⁷.

No entender da autora, uma opositora do controle de constitucionalidade por razões democráticas – tal como Waldron é – certamente não aderiria a qualquer recurso que buscasse remover decisões de foros representativos e assim compromettesse o direito de participação²²⁸. A partir das razões que Waldron oferece ao debate, a questão que fica em aberto para Stone é a seguinte: quais os tipos de decisões que apresentam essa qualidade? A resposta sustentada por Stone é a de que o controle de constitucionalidade na esfera estrutural, tanto quanto na esfera dos direitos, tem o poder de comprometer os direitos das pessoas na resolução das questões valorativas relativas à estrutura governamental, questões que as pessoas razoavelmente discordam²²⁹.

Outro argumento de Aroney rebatido por Stone é quanto à distinção que federações apresentariam para o argumento que suscita a objeção democrática. Federações, na ideia de Aroney, não se adequam à teorização *lockeana* a respeito da ideia de um contrato social, o que o autor acredita ser a base para a oposição ao controle de constitucionalidade movida por Waldron. Nesse aspecto, o argumento central de Aroney é o de que federações representariam „acordos reais” de um conjunto de comunidades políticas que possuem sua própria lógica, notadamente a de preservar os poderes governamentais e isto envolveria um desvio do compromisso de igualdade que seria requerido em fundamentos *lockeanos*²³⁰.

Stone compreende que o estabelecimento desses „acordos federativos” tão somente não é determinativo para a questão da legitimidade daquilo que é acordado. Segundo a autora, acordos são contingentes e circunstanciais e a pergunta pela legitimidade tem a ver com padrões de moralidade política. Podemos, por exemplo, imaginar que procedimentos decisórios absurdos tenham sido acordados como jogar uma moeda ou a atribuição de poder

²²⁶STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 109-135.

²²⁷*Ibid.*, p. 112

²²⁸*Ibid.*, idem.

²²⁹*Ibid.*, p. 113.

²³⁰*Ibid.*, idem.

para apenas uma única pessoa decidir sobre questões federativas. Porém, a existência desses acordos, conforme argumenta Stone, não bastaria para o predicado de que são procedimentos legítimos ou justificáveis. Para Stone, independentemente do que as partes (entes federativos, pessoas) tenham acordado a respeito da estrutura de governo a que se submeterão, a questão que permanece é a seguinte: “quais são os melhores procedimentos democráticos a partir de um ponto de vista de moralidade política?”²³¹.

Stone compreende que federações possuem realmente as características de acordos (reais) negociados. Contudo, no entender da autora, isso não dissolve ou elimina preocupações a respeito dos procedimentos decisórios, preocupações que envolvem valores tais como o valor da participação democrática. Segundo Stone, a “lógica do federalismo” não exclui outras considerações²³². Questões federativas possuem seus valores respectivos como o „nacional” e o „local”, mas isso não afasta que os procedimentos decisórios a respeito desses valores não possam ser testados (tal como Stone acredita ocorrer na prática) diante de padrões democráticos. No entendimento da autora, deveríamos avaliar procedimentos que respeitassem esses „valores próprios” do federalismo e também pensarmos como esses procedimentos se adequam a outros compromissos políticos que não estão relacionados diretamente às questões federativas como é o caso do direito de participação²³³.

Qualquer procedimento decisório, para Stone, seria julgado por um teórica *waldroniana* com base em padrões de participação democrática. Nesse entendimento, ainda que pensássemos que determinado procedimento resolve adequadamente disputas federativas e protegem a “lógica do federalismo”, isso não seria o mesmo que responder adequadamente o que seria apresentado como objeções de natureza democrática a ele. Por essa razão, de acordo com Stone, mesmo se considerássemos que a atribuição para resolução desses conflitos fossem adequadas para proteger os valores da federação, ainda assim uma opositora do controle de constitucionalidade indicaria esse método como antidemocrático e contrário aos valores que a comunidade compartilha²³⁴.

Stone dirige sua atenção para um segundo argumento de Goldsworthy. No caso da discussão sobre direitos, Goldsworthy assume que, caso fosse rejeitado o controle de constitucionalidade, a discussão se localizaria nas legislaturas. Esse é, inclusive, o modo

²³¹ STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 115. 2008. p. 114.

²³² *Ibid.*, p. 116.

²³³ *Ibid.*, idem.

²³⁴ *Ibid.*, idem.

como a teoria constitucional tradicionalmente trata a questão. Contudo, não estaria claro para o autor, - e esse é o argumento -, onde as questões federativas seriam decididas caso se rejeitasse o controle de constitucionalidade.

Apesar de considerar esse argumento extremamente proveitoso para o debate sobre os procedimentos decisórios, Stone compreende que ele é apenas uma resposta a uma possível proposta que uma opositora do controle de constitucionalidade poderia lançar para que as questões federativas fossem decididas pela maioria das cidadãs. O que esse argumento não ataca - e é o que Stone considera relevante quanto à objeção democrática - é a ideia de que

“(...) um compromisso com a participação popular na resolução de questões morais desempenha um papel na seleção de mecanismos para a resolução de disputas sobre limites federais. A questão, então, é: como pode ser o compromisso com a democracia reconciliado com a necessidade de resolver disputas federais sem postular a questão de qual ente da federação deve prevalecer?”²³⁵.

A autora está tentando demonstrar que a seleção de um mecanismo para resolver disputas federativas depende de nossos valores políticos, incluindo o respeito à participação democrática. Nesse sentido, uma opositora do controle de constitucionalidade na questão dos direitos apoiaria mecanismos que maximizassem o papel de políticas participativas em detrimento do procedimento decisório das cortes constitucionais²³⁶.

Outro argumento considerado por Stone é aquele que relaciona o controle de constitucionalidade de questões federativas a uma forma de controle de constitucionalidade fraco (*weak judicial review*), sugerindo que o controle de constitucionalidade de questões estruturais não preclui (ou não é intrusivo) na „vontade do povo“ em razão de que algum ente federativo representativo continua com o poder de regulamentação sobre aquilo que é decidido pela corte constitucional. Para Stone, porém, essa caracterização ofusca dois efeitos mais amplos do controle de constitucionalidade nessas questões.

Primeiro, quando uma lei federal é invalidada, uma legislatura estadual estará livre para fazer aquilo que a legislação federal requeria naquele tema. Contudo, isso não indica que a legislatura estadual poderá fazer o que bem entender, pois sempre estará limitada pelos contornos da decisão judicial²³⁷. O argumento de Stone é o de que qualquer ente federativo representativo sofrerá uma limitação com a decisão de uma corte constitucional

²³⁵STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 117. 2008. p. 116.

²³⁶*Ibid.*, p. 117.

²³⁷*Ibid.*, p. 118.

que revoga uma medida legislativa por razões estruturais. A possibilidade de resposta por parte do ente federativo a respeito da regulação realizada pela Corte não ofuscaria esse efeito - uma lei estadual pode ser declarada inconstitucional em razão de sua extensão, o que implica uma restrição de poder normativo de uma instituição representativa.

Segundo, essa caracterização ofusca um efeito cumulativo das decisões das cortes constitucionais sobre questões estruturais, isto é, “ao longo do tempo, o tribunal desenvolve princípios que orientam suas futuras determinações em relação à divisão federal de poderes”²³⁸, sendo que essas decisões não são submetidas à revisão de qualquer mecanismo que permita alguma forma de cooperação. É justamente por essa razão que Stone observa que opositoras da centralização governamental não se contentam com a ideia de que a legislação estadual declarada inválida pode ser editada a nível federal e, da mesma forma, as opositoras da descentralização governamental não estariam satisfeitas com o fato de que a lei federal declarada inválida dá aos entes locais a possibilidade de editar uma lei no mesmo campo²³⁹.

Como busquei apresentar, Goldsworthy coloca que algumas regras estruturais cuidam em estabelecer, em uma linguagem técnica e formal, a estrutura pela qual o processo democrático ocorre. O *enforcement* dessas regras, na visão de Goldsworthy, fortaleceria (ao invés de frustrar) a democracia. Stone compreende que esse tipo de argumento é afeto a uma defesa procedimental do controle de constitucionalidade que reivindica que o papel de Cortes é justificado pela razão de corrigir defeitos que possam ocorrer na democracia governamental, como seria o caso de procedimentos que excluíssem determinadas minorias. Segundo Stone, duas garantias desse tipo são bem conhecidas, a liberdade de expressão e a garantia de proteção igual no jogo procedimental democrático²⁴⁰.

Contudo, para a autora, esse argumento seria rechaçado por uma opositora do controle de constitucionalidade, tal como é afastado explicitamente por Waldron²⁴¹. A defesa procedimental do controle de constitucionalidade é sofre a crítica *waldroniana* de que não supera respeitosamente o problema dos desacordos em uma sociedade. Como aponta Stone, “o tipo de desacordo que acompanha a resolução judicial de direitos em geral se estende a questões sobre a relação entre direitos e democracia”²⁴². Também haveriam desacordos sobre

²³⁸STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 123. 2008. p. 123

²³⁹*Ibid.*, idem.

²⁴⁰*Ibid.*, idem.

²⁴¹WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New Yor: OUP, 1999. p. 248-9

²⁴²STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 123. 2008. p. 125.

quais direitos são necessários para a proteção da democracia e ainda que haja concordância em abstrato sobre esses direitos, haveria discordâncias sobre implicações mais concretas, lembrando que um dos pontos centrais do argumento de Waldron é o de que em circunstâncias onde as pessoas discordam sobre valores, não é justificável atribuir-se a resolução desses desacordos a tribunais compostos por poucas pessoas, nem mesmo quando esses valores assumem papel central em procedimentos decisórios.

Nessa razão, o problema apontado por Stone é o de que os desacordos permanecem nas questões estruturais e os nossos desentendimentos quanto a essas questões são tão profundos quanto nas questões dos direitos. Quem deve poder candidatar-se à eleição e quem deve poder receber voto? Em quais circunstâncias os procedimentos democráticos devem ser deliberativos ou em quais circunstâncias é necessária a participação direta? Tais perguntas revelam desacordos que quando confiados à solução de juízas escancaram o problema de que decidem questões de alta relevância política em face do desacordo razoável que as cidadãs possuem.

Goldsworthy também sustenta que outras regras estruturais se exceptuariam à objeção ao controle de constitucionalidade. Essas seriam as que estabelecem exigências de quórum de votação, requisitos de revogação expressa ou requisitos que determinados tipos de contas devem originar-se em determinada casa parlamentar, sob as quais, como entende o autor, não haveria espaço para desacordos. Essas disposições estariam dispostas em termos mais precisos e, em virtude de tal precisão, não estão sujeitas a um desacordo razoável. Em casos que envolvam tamanha especificidade, juízas estariam implementando uma decisão prévia tomada pelos redatores da constituição ao invés de realizar uma escolha de ordem valorativa²⁴³.

Stone considera que esse argumento pode ser persuasivo. Se não há desacordos, a objeção democrática não está presente. Contudo, para a autora o argumento apresenta a mesma confusão sobre a relação entre os valores e os procedimentos decisórios. Mesmo disposições do tipo que é indicado por Goldsworthy exigem juízos substantivos. Uma regra que disponha de obrigações de que determinadas prestações de contas devem ser originadas em uma única casa parlamentar ou não pode ser alterada por outra casa, por exemplo, representa para Stone um juízo (substantivo) sobre a autoridade dessas duas casas²⁴⁴. E,

²⁴³STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 123. 2008. p. 126.

²⁴⁴*Ibid.*, p. 127. No final da introdução desse trabalho, apresentei um caso do Supremo Tribunal Federal onde houve desacordos entre Ministros do Supremo Tribunal justamente sobre uma questão dessa natureza.

mesmo no caso da linguagem ser específica nessas regras, circunstâncias futuras podem torná-las incertas ao longo do tempo e reivindicarem juízos avaliativos sobre os seus valores²⁴⁵.

Em síntese, na resposta publicada por Stone, a autora retoma os seus argumentos centrais a favor da ideia de que a objeção democrática atinge o controle de constitucionalidade de questões estruturais. Sustenta que esse instituto confere poder a poucas juízas em decidir questões de alta relevância política em que há desacordos valorativos tal como há nas questões de direitos. Esses argumentos mais abstratos se unem ao que a autora concebeu a respeito do que essas questões simplicam: (1) rejeitou a ideia de que esses casos envolvam apenas a atribuição de responsabilidade entre instituições governamentais representativas e (2) assumiu que o argumento de que o controle de constitucionalidade de questões estruturais é necessário para o estabelecimento de resoluções autoritativas da constituição não está disponível para uma opositora do instituto.

Acredito que Stone desenvolveu, nos dois trabalhos abordados, argumentos importantes e corretos sobre as implicações da objeção democrática (de Waldron) ao controle de constitucionalidade das questões estruturais. É notável que o próprio autor, tal como já referi, não realiza em seus trabalhos uma distinção dessa espécie. Mas, em razão de não oferecer qualquer argumento claro quanto a essa distinção, resta a dúvida de natureza teórica a respeito da extensão da sua crítica para o controle de constitucionalidade dessas questões²⁴⁶. Desse modo, as razões que Stone suscita cumprem com o objetivo primeiro de indicar a incoerência da posição (que é corrente na literatura constitucional) daquelas que se opõem ao controle de constitucionalidade por razões democráticas nas questões dos direitos e o concebem como um instituto justificável com relação às questões estruturais.

Penso que as razões que a autora apresenta também tornam-se relevantes para uma questão mais ampla, notadamente a que envolve possibilidade de conferir mesmo tratamento teórico às questões estruturais e às questões dos direitos quanto à justificativa para o controle de constitucionalidade. Isto na razão de que, se os „problemas“ que uma opositora suscita frente ao controle de constitucionalidade das questões dos direitos são os mesmos observados

²⁴⁵STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 127. Stone também ressalta que regras que garantem, por exemplo, o poder de juízas como regras que cuidam da independência judicial formam uma porção muito pequena do que juízas realmente fazem no controle de constitucionalidade. Assim como algumas disposições constitucionais fornecem a estrutura para um processo legislativo democrático viável, outras - aquelas que protegem a independência do poder judiciário - simplesmente permite que os tribunais executem as decisões políticas da legislatura, sendo que tais regras não apresentam parte significativa da deliberação constitucional.

²⁴⁶Por tal razão, em um sentido teórico, já há um bom resultado produzido pela abordagem de Stone para a compreensão do que implica os argumentos desenvolvidos por um autor que é referência central para a crítica contemporânea ao instituto.

nas questões estruturais, certamente estamos diante da compreensão de que o instituto reivindica o mesmo tipo de justificativa no que concerne a essas duas questões.

É nesse sentido que os argumentos da primeira seção entrelaçam-se aos das duas últimas. Naquela pretendi apresentar considerações mais relacionadas à função das regras que conferem poderes em um sistema constitucional e os desacordos que surgem na prática institucional deliberativa em casos que envolvem essas regras. Essas questões, de caráter também valorativo, aparentam não apresentar importância que elas efetivamente têm e também aquilo que reivindicam, engajamento avaliativo por parte daquelas que sobre elas se debruçam a respeito dos valores que inspiram a estrutura governamental. A objeção de Waldron, apesar de rejeitada no primeiro capítulo, foi uma ferramenta teórica útil para robustecer o argumento de que as questões estruturais suscitam as mesmas características que as questões dos direitos apresentam no que se refere à justificativa para o controle de constitucionalidade.

Diante dessas ideias, acredito ser possível a formulação, com segurança, da proposição de que as questões estruturais apresentam as mesmas características que dizem respeito às questões dos direitos especificamente no tocante ao debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade. Em razão disto, podemos compreender que essas questões devem receber tratamento teórico conjunto no oferecimento de uma justificativa para o instituto. Essa proposição, inclusive do ponto de vista normativo, sugere que uma justificativa que parta desse entendimento calibra com maior precisão o que do controle de constitucionalidade podemos aspirar e esperar.

Compreendido que (1) rejeitar a objeção democrática (tal como foi feito no capítulo inicial) é apenas parte da tarefa de oferecer um ideal razoável pelo qual podemos avaliar o controle de constitucionalidade e (2) as vantagens da assunção de que as questões estruturais e as questões dos direitos devem receber tratamento teórico conjunto para a justificativa do instituto, terei como objetivo de, no próximo capítulo, apresentar uma base comum de razões para uma justificativa que considero adequada para o controle de constitucionalidade.

“Há algumas tarefas que perfazemos melhor quando perfazemos juntos”²⁴⁷.

Kyritsis, D.

III. SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA JUSTIFICATIVA PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A insistência apenas no valor da legitimidade democrática para aferir a legitimidade de instituições é um equívoco passível de ser demonstrado a partir da ideia de que nem mesmo a legitimidade de legislaturas é reivindicada apenas com base desse valor. Nesse sentido, o capítulo inicial, por meio da análise da teoria de Waldron, pretendeu ter demonstrado que a legitimidade democrática é apenas um dos valores que justifica o procedimento legislativo e que, diante disso, a objeção democrática (central) correntemente dirigida ao controle de constitucionalidade não é bem sucedida na sua pretensão de oferecer razões para afastar a legitimidade desse instituto tão somente em razão do seu déficit democrático.

Contudo, como pretendi expor, afastar a objeção democrática não significa oferecer uma justificativa positiva adequada para o controle de constitucionalidade. Isso se dá porque ao rejeitar as razões democráticas contrárias ao controle de constitucionalidade, nada impede de atribuirmos uma justificativa de caráter desmedido ao instituto como certamente é a justificativa que reivindica o poder de cortes constitucionais numa *expertise* moral superior de juízas com relação às demais cidadãs para o tratamento de determinadas questões sensíveis da comunidade política²⁴⁸.

Até aqui, portanto, ainda não ofereci nenhuma razão positiva para o controle de constitucionalidade. No presente capítulo, com o intuito de cumprir esse objetivo, continuarei a explorar a teoria de Jeremy Waldron, mas agora o foco será observar como o autor compreende a relação entre legislaturas e cortes diante do princípio da separação dos poderes. Em razão disso, será alvo de abordagem na primeira seção (III.1) um texto publicado pelo autor onde oferece razões para pensarmos que apesar de bem conhecido, o princípio separação de poderes não é bem compreendido pela teoria constitucional e que um

²⁴⁷KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 219

²⁴⁸Foi essa, inclusive, uma das razões para ter avançado no segundo capítulo as razões que sustentam a objeção democrática de Waldron no tocante as questões estruturais, a fim de demonstrar que nessas questões que aparentam ser moralmente menos robustas, cortes constitucionais tomam decisões sensíveis e importantes quanto aos rumos das instituições.

entendimento adequado do seu valor informa uma compreensão mais adequada a respeito do papel das instituições. Como pretenderei apresentar, a teoria que Waldron avança nesse sentido – a “teoria da governança articulada” - não é completamente desconectada do que o autor apresenta a favor da legitimidade de legislaturas, mas acredito que oferece ideias suficientemente novas para a possibilidade de considerações a respeito de uma adequada justificativa para o controle de constitucionalidade.

O propósito de Waldron foi o de isolar o princípio da separação de poderes de outros valores que o autor compreende que se ligam à legitimidade das instituições, tais como o princípio dos *freios e contrapesos*. Pretendo desenvolver na segunda seção (III.2) a ideia de que Waldron, mediante essa estratégia, ao deixar de abordar o princípio dos *freios e contrapesos*, nos oferece a oportunidade de compreender que é precisamente nesse valor que se encontra uma justificativa adequada para o controle de constitucionalidade. Pretendo nesta seção, que será mais avaliativa dos argumentos *waldronianos*, abordar uma crítica dirigida por Dimitrios Kyritsis à teoria da governança articulada. Contudo, com apoio nos argumentos oferecidos por Cristina Consani, argumentarei que a crítica de Kyritsis deixa de observar que as razões oferecidas por Waldron quanto ao papel de legislaturas e tribunais são somente dirigidas a partir do princípio da separação de poderes, compreendido tal princípio de maneira restrita (sem a inclusão do princípio dos *freios e contrapesos*).

Tenho na terceira seção (III.3) o objetivo de explorar uma justificativa do controle de constitucionalidade que tenha por base a compreensão da relação entre legislaturas e cortes constitucionais a partir do princípio dos *freios e contrapesos*. Com base nesse valor, conceber como legítimo o controle de constitucionalidade em uma democracia constitucional não implica o entendimento de que legislaturas são um foro onde questões morais sensíveis da comunidade são tripudiadas. Diante dessa ideia, explorarei os argumentos oferecidos por Kyritsis que enxerga na própria relação entre legislaturas e cortes um potencial para a justificativa do controle de constitucionalidade.

Registro que esse autor compreende a separação de poderes de modo diverso que compreende Waldron. Para Kyritsis a separação dos poderes é um valor que engloba tanto a ideia de divisão de trabalho como também os mecanismos de *freios e contrapesos*. Minha preocupação não estará voltada à solução dessa controvérsia, mas naquilo que, de modo diferente que realiza Waldron, Kyritsis argumenta substancialmente a favor de um modelo de governança que adota o controle de constitucionalidade.

III.1 A teoria da governança articulada de Jeremy Waldron

Separação de poderes é um ideal moderno da teoria política e constitucional bem conhecido e associado correntemente à doutrina da limitação do poder político²⁴⁹. Filósofos políticos modernos e, muito especialmente Montesquieu, tornaram-se conhecidos por empregar maior atenção a esse princípio. Esse filósofo compreendia que a forma de governo capaz de realizar a liberdade política – o direito de fazer tudo que as leis permitem – era aquela que realizava uma separação funcional dos órgãos do governo com a finalidade de que o poder político fosse exercido de forma moderada²⁵⁰.

É na esteira do entendimento da limitação do poder político que os fundamentos do constitucionalismo, a partir da separação dos poderes, são bem conhecidos²⁵¹. O poder político, separado em três distintas funções, - a de legislar, a de julgar e a de administrar -, é a resposta que essa doutrina forjou para a ideia de um poder governamental legítimo ou justificável. Nas palavras de Madison, um dos „pais fundadores“ da constituição norte-americana, “não há verdade política de maior valor intrínseco” do que aquela que se funda na ideia de que “a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”²⁵².

Contudo, Waldron argumenta que, apesar de bem conhecido, o princípio da separação de poderes não é bem compreendido²⁵³. A proposição central do autor é a de que justamente a limitação do poder político não é o mais adequado entendimento daquilo que o

²⁴⁹BROWN, Rebecca. *Separated Powers and Ordered Liberty*, 139 U. Pa. L. Rev. 1513 (1991).

²⁵⁰MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis. Introdução e notas de Gonzague Truc*; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rorigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 148-149. A expressão dessa preocupação, em Montesquieu, pode ser observada nos seguintes trechos de sua obra: “Há, em cada Estado, três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (...) o direito de fazer tudo que as leis permitem contrapõe-se à independência, que remete ao estado de natureza e à possibilidade de fazer tudo aquilo que se quer. Porém a liberdade política somente pode ser encontrada nos governos moderados, e desde que, não se abuse do poder. (...) para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. *Ibid.*, p. 148-149

²⁵¹WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: A Skeptical View*. Philip A. Hart Memorial Lecture. 4, 2010. Disponível em (<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>). Acesso em janeiro de 2016. Waldron compreende o constitucionalismo como “a teoria sobre a importância do controle, limite e restrição do poder estatal em uma maneira substantiva.”

²⁵²HAMILTON, A; MADISON, J. e JAY, J. *O Federalista. Nº 47: Exame e aplicação do Princípio da Separação do Poderes*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Líder: Belo Horizonte, 2003.

²⁵³WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016.

princípio da separação de poderes reivindica e fornece. O autor compreende que a justificativa que normalmente se apresenta para esse ideal segue o que para ele não passa de um simplório entendimento. Nesse sentido, Waldron argumenta que quando se investiga as razões para o oferecimento do princípio da separação de poderes como forma de governo, o que se encontra na literatura constitucional são justificativas de caráter tautológico, tal como a de que “a separação de poderes é necessária para dispersar o poder e evitar a tirania”²⁵⁴.

De acordo com o autor, essa justificativa é tautológica em virtude de não informar a razão pela qual seja importante separar o poder, a fim de evitar a tirania. Ao referir-se à célebre teoria e distinção realizada por Montesquieu, Waldron compreende que a “execução tirânica das leis é sem dúvida sempre uma possibilidade temível”²⁵⁵, mas não há respostas muito claras em direção à pergunta do porquê ser mais possível isso acontecer quando as leis forem promulgadas pela mesma pessoa que as aplica. Cristina Consani, ao abordar o argumento de Waldron, explica que “a premissa principal de Montesquieu é a de que se os diferentes poderes do governo não estiverem separados, haverá ausência de liberdade e a tirania triunfará”, sendo que “a crítica [de Waldron] incide justamente no fato de não se explicar porque a concentração dos poderes em uma única mão leva à perda da liberdade política e ao triunfo da tirania”²⁵⁶.

O objetivo de Waldron reside, portanto, na abordagem do seguinte questionamento: “o que é a separação de poderes e por que ela é importante?”²⁵⁷. O autor, para responder esses questionamentos, se utiliza de uma estratégia metodológica: isolar o princípio da separação de poderes de outros princípios que o autor indica como princípios adjacentes da legitimidade institucional, tal como o princípio da divisão dos poderes e dos *freios e contrapesos*²⁵⁸. Pela utilização dessa estratégia, o intuito de Waldron é extrair razões que tanto afastem a confusão

²⁵⁴ WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em janeiro de 2016. p.440

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 443

²⁵⁶ CONSANI, Cristina. *Separação dos Poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron*. Revista Pensar: Fortaleza. v. 21, n. 01, 2006. p. 123-149.

²⁵⁷ WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2>. Acesso em janeiro de 2016.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 438. “1. O princípio da separação das funções governamentais entre si (o „Princípio da Separação dos Poderes”). 2. O princípio que desaconselha a concentração de muito poder político nas mãos de qualquer pessoa, grupo, ou agência (o „Princípio da Divisão de Poder”). 3. O princípio que exige a concorrência ordinária de uma entidade governamental nas ações de outra e, portanto, permite a uma entidade verificar ou vetar as ações de outra (a „Princípio dos Checks and Balances”). 4. O princípio que exige que as leis sejam promulgadas por votos em duas assembleias legislativas coordenadas (o „Princípio do Bicameralismo”). 5. O princípio que distingue os poderes atribuídos ao governo federal e os poderes reservados aos estados ou as províncias (o „Princípio do Federalismo”).”

conceitual que há sobre o princípio da separação dos poderes como também permita o desenvolvimento de argumentos substantivos mais salientes que o justifique.

De acordo com Waldron, o modo como o princípio da separação de poderes se apresenta sugere a sua importância, vez que concebe o processo governamental conceitualmente dividido em três funções: estabelecer uma lei, decidir com base na lei estabelecida e administrar a decisão judicial²⁵⁹. Segundo o autor, essa divisão possui duas importantes considerações na relação entre governantes e cidadãos, notadamente a de que (1) é um erro considerar o poder político como algo simples ou de fácil realização e que (2) cada “etapa” em que o princípio divide o poder político é importante em si mesma, na razão de que cada uma levanta considerações institucionais distintas a respeito da legitimidade do governo empreendido como um todo.

São essas duas ideias que sustentam o argumento central de Waldron quanto ao princípio da separação de poderes. Primeiro, sendo o processo de governança um processo dificultoso, o autor compreende que o uso da coerção do poder político deve ser realizado por meio de procedimentos distintos, onde cada procedimento demande a observância de distintas condições para que seja o exercício do poder político considerado justificável. Segundo, no entender do autor, embora exista um elemento de restrição da ação institucional por meio de etapas distintas, o que muito mais fortemente sugere o princípio da separação de poderes é a própria viabilidade de uma ação legítima do conjunto das instituições frente às cidadãos. Nesse aspecto, para Waldron, o princípio da separação dos poderes possui como força normativa principal a ideia de “canalizar” o poder político de modo a permitir o acesso às pessoas em variadas etapas²⁶⁰.

Waldron sustenta que a separação de poderes reivindica que a legislatura deve fazer seu trabalho, elaborando leis de natureza geral. Do mesmo modo, o executivo deve fazer o seu trabalho em desenvolver estratégias para administrar o que o legislativo elaborou e, por último, o judiciário deve fazer o seu trabalho com relação aos conflitos que existem entre as pessoas e as leis implementadas²⁶¹. O autor compreende então que o princípio da separação de poderes reivindica que cada uma dessas etapas/tarefas têm uma integridade própria e que são

²⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016. 2013. p. 438.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 457.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 460.

contaminadas quando embaraçam-se entre si²⁶². Representantes, após eleitos, deliberam sobre questões sensíveis que afetam as pessoas e votam. As decisões tomadas por esses agentes, que agora se constituem normas, são comunicadas às pessoas e às agências responsáveis pela administração. Essas pessoas e agências internalizam essas normas e se preparam para cumpri-las. Os conflitos surgem e vão para um tribunal, onde, as partes, após serem ouvidas, recebem uma decisão. Esse é o itinerário que Waldron enxerga como reivindicado pelo princípio da separação de poderes, pois cada uma dessas etapas “oferece múltiplos pontos de acesso, participação e internalização”, sendo que todas e cada uma delas “representam o passo a passo da incorporação de novas normas na vida, na agência e na liberdade”²⁶³ daquelas que serão sujeitas a essas normas.

Segundo Waldron, o número de etapas não importa. O que mais reivindica o princípio da separação de poderes são preocupações de ordem semelhante à ideia de Estado de Direito, pois insistir em ser governado pelo direito é para o autor insistir em um processo de articulação institucional que satisfaz aquilo que reivindica esse valor²⁶⁴. O que a separação dos poderes fornece não é a limitação do poder político e, sim, um modo de governança articulado quanto à regulação da vida em comunidade. Waldron compreende o princípio da separação de poderes como um ideal relacionado à articulação do poder político que se aproxima da ideia de Estado de Direito (*Rule of Law*) onde o que é imposto às cidadãs é produzido mediante procedimentos complexos que, de maneiras distintas, as cidadãs têm acesso e participação.

Diante desses argumentos, é possível observar que o autor extrai uma justificativa substantiva que muito mais se assemelha à viabilidade de uma ação legítima por parte das instituições do que com a limitação do poder político. Nesse sentido, Consani argumenta, que “Waldron distancia-se de vários teóricos, sobretudo constitucionalistas, os quais (...) relacionam a teoria da separação dos poderes justamente com o aspecto da limitação e da restrição da ação do governo”²⁶⁵.

A “teoria da governança articulada” de Jeremy Waldron aparenta complementar as razões da objeção movida pelo autor contra o controle de constitucionalidade. O princípio da separação de poderes, na sua visão, reivindica uma relação entre legislaturas e os demais

²⁶² WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016. 2013. p. 458

²⁶³ *Ibid.*, idem.

²⁶⁴ *Ibid.*, idem.

²⁶⁵ CONSANI, Cristina F. *Separação dos Poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron*. Revista Pensar: Fortaleza. v. 21, n. 01, 2006. p. 138.

poderes, onde a primeira tenha certa proeminência diante dos tais. Haveria uma espécie de hierarquia, reivindicada por esse princípio, de que o trabalho realizado por legislaturas é o que fornece a orientação para o modo como o executivo e o judiciário irão atuar. Na próxima seção terei como objeto de investigação esse entendimento aparente com a finalidade de observar se ele se confirma, além de expor o que é possível extrair dessa inquirição no tocante à justificativa para o controle de constitucionalidade.

III.2 Os freios na governança articulada: *checks and balances* também importam

Ao abordar a teoria da separação de poderes, Waldron ofereceu controversas, mas importantes considerações a respeito desse princípio. Tratam-se de argumentos substantivos a favor de um valor concebido por diversas democracias constitucionais. No entendimento do autor, o princípio da separação de poderes, ao reivindicar uma articulação da ação governamental busca auxiliar no cumprimento da exigência de legitimidade daquilo que é reivindicado pelo poder político de modo geral. Diante do que oferecido pelo autor, resta a pergunta: as razões para a compreensão de uma governança articulada, tal como Waldron fornece, oferecem algum espaço para razões favoráveis à legitimidade do controle de constitucionalidade?²⁶⁶

Ao abordar a teoria da governança articulada, Kyritsis responde essa pergunta de modo negativo. Segundo esse autor, a teoria da governança articulada de Waldron não está apenas avançando uma justificativa de caráter moral para que as funções devam ser separadas em um sistema político – o que Kyritsis acredita que toda e qualquer teoria da separação de poderes o faça -, mas está estabelecendo uma relação hierárquica entre o que estabelece a função legislativa e o que as demais funções – executivo e judiciário – devem cumprir²⁶⁷.

O autor compreende que não se trata apenas de uma prioridade temporal com relação à sucessão e integridade de cada uma das etapas onde o poder político é articulado, mas é o caso de que, sob o entendimento proposto por Waldron, um sistema político “pode ser

²⁶⁶Essa pergunta aparenta inicialmente ser de fácil resposta. Por um lado, o autor é um conhecido crítico do instituto - desconfia da legitimidade de cortes constitucionais em resolverem respeitosamente os desacordos morais que as cidadãos possuem entre si. Já por outro lado, a própria ideia veiculada pelo autor de que a tradição teórica da separação de poderes pouco caso fez da justificativa substantiva para esse princípio e que informa uma relação prioritária de legislaturas sobre outras instituições, não deixaria margem para entendimento diverso do que aquele pelo qual Waldron é conhecido. Contudo, meu intuito não é o de apontar se Waldron relativizou sua posição contra o controle de constitucionalidade ou se, de modo retumbante, passa a visualizar um papel justificável a ser cumprido por cortes constitucionais em uma democracia constitucional. Meu objetivo é, sim, o de verificar o que da argumentação desenvolvida pelo autor se pode extrair quanto às razões para legitimidade do controle de constitucionalidade.

²⁶⁷KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 131

comparado a uma correia transportadora que transfere legitimidade do seu lugar primário, que para Waldron é a legislatura, às decisões dos outros ramos do governo”²⁶⁸. É diante desse argumento que Kyritsis observa uma relação direta e concreta entre o que Waldron oferece a respeito da separação dos poderes e a objeção democrática ao controle de constitucionalidade. Sob essa ideia, tribunais apenas atuam justificadamente quando agem autorizados pela legislação²⁶⁹. À luz dos aspectos expostos por Kyritsis, não haveria espaço, portanto, para razões que confirmem legitimidade ao controle de constitucionalidade.

Entendo que as razões oferecidas por Kyritsis quanto à teoria da governança articulada não são adequadas e também não acredito que seja o caso de pensarmos que especificamente essa teorização oferecida por Waldron não deixa espaço para o oferecimento de razões que informem um papel justificável para o controle de constitucionalidade. Nesse sentido, concebo a ideia de que a teoria movida por Waldron quanto à separação de poderes não pretende minar a legitimidade do controle de constitucionalidade e chego nesse entendimento por razões diversas das que Kyritsis apresentou, como adiante passo a apresentar.

A pergunta que está sendo tratada é a seguinte: a teoria da governança articulada de Waldron o compromete com a sua conhecida oposição ao controle de constitucionalidade? Acredito que uma adequada a resposta a essa pergunta envolva a compreensão de que (1) Waldron diferencia princípio da separação de poderes de outros princípios de legitimidade institucional como o princípio dos *freios e contrapesos* e a necessidade de (2) observar como o autor situa o controle de constitucionalidade diante dessas considerações.

De modo inicial, é importante observar se Waldron em algum momento aborda o controle de constitucionalidade no escrito analisado. De fato, o autor o faz de maneira única no trecho em que destaca cada um dos princípios que, ao seu ver, buscam contribuir na legitimidade da ação institucional:

“o Princípio dos *Freios e Contrapesos* é um termo abrangente para uma série de princípios, como o veto presidencial, o „papel de-conselho-e-consenso” do Senado em diversas áreas e o princípio do controle de constitucionalidade da legislação”²⁷⁰.

²⁶⁸KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 131.

²⁶⁹*Ibid.*, idem.

²⁷⁰WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016. 2013 p. 438

Observa-se que a menção ao controle de constitucionalidade apenas acontece para referi-lo como um instituto ligado a outro princípio, o princípio dos *freios e contrapesos*. Essa assertiva conduz à ideia de que, para Waldron, o controle de constitucionalidade está ligado a esse princípio, sendo que o autor o compreende como sendo o que “permite a concorrência de uma instituição governamental nas ações de outra, e que, portanto, permite uma instituição verificar ou vetar as ações da outra”²⁷¹.

Waldron realizou uma escolha metodológica peculiar ao abordar o princípio da separação de poderes. Buscou isolar conceitualmente esse princípio com relação a outros princípios que normalmente são apresentados como partes que lhes são integrantes, tal como é o caso do próprio princípio dos *freios e contrapesos*²⁷². Essa escolha certamente faria pensar que o autor observa esse último princípio como irrelevante no tocante à legitimidade das instituições e que, nessa direção, o controle de constitucionalidade não apresenta nenhum valor diante dos argumentos apresentados a favor da teoria da governança articulada - uma atuação legítima de tribunais se daria, por essa teoria, tal como sustentado por Kyritsis, apenas na circunstância em que essa atuação refletisse aquilo que já restou determinado pela função legislativa²⁷³.

Entendo que a primeira razão para não pensarmos dessa maneira é que o próprio Waldron considera o princípio dos *freios e contrapesos* como um importante princípio relacionado à legitimidade das instituições. Ao referir-se à separação dos poderes, o autor refere que esse é apenas um dos princípios (dentre outros) que trabalham como uma “pedra de toque” da legitimidade institucional²⁷⁴. Ou seja, a legitimidade institucional, tal como compreende Waldron, não é apenas avaliada por um princípio, mas uma rede de princípios (e aí inclui-se também o princípio dos *„checks and balances“*). Certamente pode ser objeto de crítica a escolha metodológica de Waldron, mas nada nas suas considerações nos mostra que ele compreende outros princípios à exceção da separação dos poderes como irrelevantes para o tema da legitimidade institucional.

²⁷¹ WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016. 2013 p. 439.

²⁷² Anoto que Kyritsis, como mais à frente será exposto, não faz tal diferenciação.

²⁷³ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 131

²⁷⁴ WALDRON, Jeremy. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016. 2013 p. 438. Nas palavras do autor, “entendida desta forma, a separação de poderes não opera sozinha como um princípio canônico de nosso constitucionalismo. Faz parte do conjunto de princípios que trabalham tanto separadamente quanto juntos como pedra de toque de legitimidade institucional”.

De outra maneira, poderia também ser sugerido que Waldron estaria fazendo críticas ao próprio princípio de *checks and balances*, e consequentemente ao controle de constitucionalidade, quando avança argumentos a respeito da integridade de cada etapa e que estas estariam contaminadas se as atribuições de um poder fossem atingidas pelas considerações de outro. O controle de constitucionalidade, ligado ao princípio dos *freios e contrapesos*, realizaria uma contaminação dessa espécie e, portanto, estaria sujeito à objeção. Segundo Waldron, omitir ou embaraçar quaisquer das etapas seria o mesmo que ferir a separação de poderes e, consequentemente, o Estado de Direito. Contudo, isso não quer dizer que as razões informadas pela separação de poderes que garantem a integridade de cada etapa se confundem com uma crítica ao princípio dos *freios e contrapesos*. Consani, diante do argumento de Waldron, apresenta essa mesma ideia:

“Waldron não está chamando de “contaminação” o sistema de freios e contrapesos que promove o mútuo controle entre as funções de governo. Ele está se referindo a um exercício de determinada função que extrapola suas finalidades específicas, trata essas funções de modo a não distingui-las ou pula etapas”²⁷⁵.

Portanto, acredito que a leitura de Kyritsis a respeito da teoria da governança articulada é equivocada no sentido de não observar que, por essa teoria, Waldron está tratando apenas do que o princípio da separação de poderes reivindica. Podemos compreender, seguindo Kyritsis, que Waldron está oferecendo a ideia de uma relação de prioridade hierárquica (e não apenas temporal) entre a função legislativa e judicial, mas acredito que isso diga respeito ao que Waldron veicula apenas a partir do que o princípio da separação de poderes, em um sentido estrito, reivindica - para o autor, referido princípio não encerra o princípio dos *freios e contrapesos*.

O mais importante dessa consideração é o entendimento de que, ao não teorizar a respeito do princípio de *checks and balances* e, de mesmo lado, ligar o controle de constitucionalidade a esse valor, Waldron não está terminantemente afastando a legitimidade de um procedimento que controla a legislação, o que, inclusive sugere que, no interior de sua teoria, uma justificativa adequada para o seu papel esteja justamente na abordagem mais detida desse valor²⁷⁶. Kyritsis, ao argumentar que a separação de poderes é composta pela (1)

²⁷⁵CONSANI, Cristina F. *Separação dos Poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron*. Revista Pensar: Fortaleza. v. 21, n. 01, 2006. p. 141

²⁷⁶Diante dessas considerações, penso que o desacordo entre Kyritsis e Waldron é o de que, diferentemente do segundo, o primeiro observa o princípio dos *checks and balances* como parte integrante do princípio da separação de poderes. Não acredito que seja importante avaliar se os *checks and balances* fazem parte ou se constituem um princípio distinto à separação de poderes. Penso que é mais frutífero inquirir sua importância.

ideia de divisão de trabalho²⁷⁷ e (2) *freios e contrapesos* releva a importância desse último, importância que Waldron, como vimos, não afasta a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade. A razão apontada por Kyritsis para a importância desse princípio é a de que as decisões sobre questões políticas estão sujeitas ao erro como toda e qualquer decisão pessoal. Pela razão de que as questões políticas sensíveis não vêm com um rótulo de por quem e como certos assuntos devem ser decididos, uma instituição pode tomar uma decisão equivocada a respeito de determinado tema e corromper determinados valores que sustentam a divisão de trabalho reivindicada pela separação dos poderes²⁷⁸.

Como argumenta Kyritsis, esses erros não se dão apenas no caso do cometimento de ilicitudes por aqueles que estão investidos de poder, mas em circunstâncias normais onde esses agentes podem produzir erros honestos sobre aquilo que lhes competia e o que deveria ser decidido. Nesse aspecto, o princípio dos *freios e contrapesos* se constitui, em muitas circunstâncias, um importante mecanismo de legitimidade da ação institucional²⁷⁹. Não fazendo parte do princípio da separação de poderes (como Waldron pensa) ou sendo integrante desse valor (como Kyritsis compreende), os dois autores afirmam a importância do princípio de *checks and balances* para a legitimidade das instituições²⁸⁰. É esse valor que, ao meu ver, inspira a justificativa para o controle de constitucionalidade e que procurarei, na seção seguinte, a partir da teoria oferecida pelo próprio Kyritsis, abordar.

III.3 Uma justificativa modesta para o controle de constitucionalidade

Quais seriam as razões adequadas para confiarmos o poder de controlar a legislação a uma corte constitucional em uma democracia representativa? Kyritsis oferece uma resposta a esse questionamento que acredito ser convincente. Não atribui uma aptidão moral superior para juízas e nem enxerga legislaturas como sendo o lugar de desrespeito às questões sensíveis da comunidade²⁸¹. Na realidade, o autor oferece uma justificativa para esse instituto que é forjada nas razões para compreendermos porque torna-se vantajoso ser governado por

²⁷⁷KYRITSIS, Dimitrios. *Whrere our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 72. No tocante à divisão de trabalho, a separação dos poderes reivindica, no seu entender, aquilo que denominou de “propósito interrelacionado” que combina regras procedimentais e substantivas para o entendimento do papel de determinadas instituições.

²⁷⁸*Ibid.*, p. 79.

²⁷⁹*Ibid.*, idem.

²⁸⁰Waldron pouco o aborda, é verdade, e quando o aborda é apenas para diferenciar do que compreende que é reivindicado pela separação dos poderes, mas isso não indica a sua irrelevância.

²⁸¹A teoria oferecida por Kyritsis parte de argumentos oferecidos por dois pólos divergentes do debate a respeito do controle de constitucionalidade, (1) as razões oferecidas por Ronald Dworkin a favor da legitimidade do instituto e (2) os argumentos contrários produzidos por Jeremy Waldron. Atento aos limites desse trabalho, não abordarei aquilo que Kyritsis constrói a respeito das razões oferecidas pelo primeiro autor.

essas duas instituições. Dito em outras palavras, a justificativa para o controle de constitucionalidade estaria numa percepção mais ampla do que torna valioso um modelo de governo onde esteja presente legislaturas e cortes constitucionais.

O autor parte da ideia não muito distante da que Waldron ofereceu em *Law and Disagreement*, notadamente a de que o primeiro passo para uma adequada avaliação do valor das instituições está na abordagem das suas características²⁸², um exercício de mão dupla que permite que nos tornemos cientes (1) dos riscos que o desenho das instituições podem fomentar e (2) das possibilidades que temos para minimizá-los. Nesse aspecto, segundo o Kyrtisis, a relação entre legislaturas e cortes deve ser analisada diante de dois preceitos do princípio da separação de poderes, o princípio da divisão de trabalho e o princípio dos freios e contrapesos, sendo considerado pelo autor o princípio de separação dos poderes em um sentido mais amplo do que Waldron forneceu, na razão de que inclui o princípio da divisão de trabalho e o princípio dos freios e contrapesos como seus componentes²⁸³.

Quanto à divisão de trabalho, Kyrtisis observa duas características principais no tocante às legislaturas que fornecem a importância que realizam quanto à legitimidade institucional, pois (1) são instituições responsivas ao eleitorado (*accountability*) e que, para além disso, (2) apresentam uma distância deliberativa das cidadãs. A primeira característica, segundo o autor, apresenta a ideia de que as legisladoras são sujeitas ao escrutínio popular regularmente. De forma antecipadamente estabelecida, cidadãs comparecem às urnas, a fim de escolher suas representantes. Após o encerramento do período do mandato das representantes eleitas, as cidadãs novamente comparecem às urnas com a finalidade de escolher novas representantes. Para Kyrtisis, essa característica de composição das legislaturas sugere incentivos para que legisladoras justifiquem suas agendas e expliquem suas decisões perante o eleitorado²⁸⁴.

Uma observação importante é realizada pelo autor. A partir dessa característica de responsividade, não se omite que as legisladoras podem apresentar interesses escusos na deliberação de leis ou que existe a possibilidade de um equívoco honesto do entendimento daquilo que as representadas realmente almejam. O que esse atributo suscita é um incentivo para que, caso queiram novamente ser eleitas, representantes apresentem justificativas perante

²⁸² O autor ressalta que instituições são complexas e podem servir variados valores, mas ele focará nos mais pertinentes valores relacionados ao debate sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade.

²⁸³ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 69.

²⁸⁴ *Idem.*, p. 190.

aquelas que vão às urnas. O autor indica essa característica como parte de um julgamento dependente que legisladoras fazem sobre os interesses e opiniões de suas eleitoras na deliberação dos assuntos que afetam a comunidade²⁸⁵.

Esse incentivo não é óbice para a circunstância de que o juízo realizado por legisladoras possua um elemento de independência na sua formação²⁸⁶. Representantes não se identificam com representadas. Isso indica que há uma distância deliberativa entre a formação da convicção das primeiras com relação aos interesses das últimas. Diversas características procedimentais refletem essa distância como, por exemplo, o fato de que o poder de resposta (nas urnas) às decisões das legisladoras não é acessado de maneira imediata a cada decisão tomada. Por esse motivo, como aponta Kyritsis, “o legislativo não opera como um mero condutor da opinião popular, mas, em vez disso, delibera e decide, de modo distanciado de suas constituintes”²⁸⁷. Legisladoras avaliam, portanto, o que deve ser feito diante dos variados interesses das cidadãs. Como sustenta Kyritsis, isso não quer dizer que legisladoras não sejam constrangidas a tomar em consideração a opinião das suas eleitoras, mas tais constrangimentos não inibem o tipo de juízo independente que constantemente realizam sobre os assuntos que afetam a comunidade.

Referir o que está implicado na ação institucional de legislaturas não aponta o que há de valioso nesse procedimento. Kyritsis avança a ideia de que há dois valores que um governo representativo, composto por uma assembleia legislativa, têm condições de cumprir no tocante à legitimidade governamental. Ao combinarem as duas características acima indicadas, legislaturas contribuem para que o sistema político possa apresentar, no entendimento do autor, (1) apoio popular e (2) inovação moral²⁸⁸.

Quanto ao primeiro valor, a premissa adotada por Kyritsis é a de que uma ordem política legítima é aquela em que as cidadãs são motivadas a defender. Diante disso, legislaturas são instituições que fazem as cidadãs menos ressentidas contra a coerção estatal e menos temerosas diante da autoridade política. Isto se dá porque, em razão de serem governadas por essa instituição responsiva, as cidadãs são educadas a pensar tanto que a autoridade política troca de mãos como também que é cabível a elas a responsabilidade por

²⁸⁵ KYRITSIS, Dimitrios. *Whrere our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p.193.

²⁸⁶ Como tive oportunidade de apresentar inicial do trabalho, é esse elemento que inclusive afasta a objeção democrática ao controle de constitucionalidade.

²⁸⁷ KYRITSIS, Dimitrios. *Whrere our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 193.

²⁸⁸ *Idem.*, p.194. Nesse sentido, como o autor argumenta, a legislatura “não é um governo aristocrático e nem um fórum plebiscitário, porém balança os requerimentos de apoio popular e inovação moral”.

essa mudança²⁸⁹. Por meio do atributo de responsividade das legislaturas, o sistema político pretende diminuir qualquer ressentimento das cidadãs com aquilo que a elas é reivindicado cumprir em razão de promover sua identificação com a responsabilidade pelas decisões tomadas. O argumento da importância do apoio popular para a legitimidade do trabalho de legislaturas não é o de que há identidade entre representantes e representadas como é o caso de uma igualdade política em abstrato, mas vai no sentido de que

“quando as cidadãs respeitam e apóiam um regime não por medo, mas por um compromisso independente com suas comunidades políticas e uma avaliação positiva de sua adesão, essas comunidades alcançam o certo tipo de estabilidade ou estabilidade pelos motivos corretos”²⁹⁰.

Até aqui, uma pergunta parece ficar sem uma resposta adequada na teorização apresentada: se o apoio popular é tão importante para a legitimidade da ação institucional, porque são legislaturas permitidas a realizar juízos independentes e possivelmente diversos das cidadãs? Segundo Kyritsis, essa pergunta tem a ver com o que o autor denomina de “efeito transformador das instituições públicas”²⁹¹.

Legisladoras são expostas às razões de ordem moral que as cidadãs apresentam quanto ao que deve ser realizado na comunidade e podem, à medida que as decisões forem tomadas por suas representantes, alterar a posição que possuem a respeito desses assuntos. Nesse caso, para o autor, legisladoras exercem um papel pioneiro na tomada de decisões de caráter moral que afetam a comunidade e que pretende afetar as diversas razões que as pessoas possuem sobre os temas deliberados. É exatamente pela distância deliberativa que possui com relação às cidadãs que legislaturas estão, no entender de Kyritsis, bem equipadas para realizar a tarefa de adequar os interesses que as pessoas possuem. De outro lado, a característica da responsividade lhes dá um incentivo para que, quanto à realização dessa tarefa, busquem fazer o melhor, assumindo prudência ao avaliarem quais interesses devem ser acolhidos, com o intuito de que seja justificável a necessidade de alguma mudança para a comunidade²⁹².

Esse seria um ideal razoável a se esperar de legisladoras? Seriam razões adequadas a favor da importância dessa instituição? Como argumenta Kyritsis, legisladoras, assim como todos os atores oficiais, devem agir responsivamente e pela virtude de sua distância

²⁸⁹ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 195.

²⁹⁰ *Ibid.*, idem.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 196.

²⁹² *Ibid.*, idem.

deliberativa, podem tomar decisões que supram o valor de apoio popular e inovação moral. São essas as razões que o autor apresenta para considerar que – ao menos no que se relaciona às cortes constitucionais – legisladoras possuem a “iniciativa” geral do projeto de governo²⁹³. Legislaturas, no entendimento do autor, devem ser vistas como a instituição que tem a iniciativa do poder de moldar políticas públicas relacionadas aos direitos e à estrutura governamental como um todo²⁹⁴. Contudo, o valor atribuído às legislaturas não nos impede de observar os riscos que elas apresentam no tocante à legitimidade da ação institucional. Muito ao contrário, é justamente na observância do valor e papel dessas instituições que nos tornamos conscientes dos riscos que podem apresentar à comunidade.

É aqui que o princípio dos freios e contrapesos, entendido como um princípio relacionado ao controle do poder, tem sua força normativa. Quando atribuímos decisões de caráter pessoal a outra pessoa, assumimos o risco de que as decisões não nos favoreçam ou não espelhem aquilo que almejamos. Segundo Kyritsis, com relação às legislaturas, esse risco se agrava diante de dois fatores que moldam seu papel. O primeiro é o de que balancear apoio popular e inovação moral de maneira correta não é uma tarefa fácil e o segundo é o de que não há qualquer garantia de que, legisladoras, mesmo conscientes de seu papel, vão realizar essa tarefa satisfatoriamente em todos os casos. Esses fatores que impelem dificuldades não sugere corrupção ou ilicitudes na falta de êxito por parte de legisladoras em assumir essas tarefas, mas envolve a ideia de que, ainda que as assumam honestamente, não eliminam a circunstância de que são falíveis (como qualquer pessoa) diante do desempenho de uma tarefa complexa²⁹⁵.

Segundo Kyritsis, ao realizarem um juízo independente dos interesses das cidadãs, legisladoras podem afetar gravosamente os direitos que o próprio sistema constitucional lhes reconhece e a estabilidade do mesmo também. Exemplos históricos são fartos em nos mostrar que nem sempre legisladoras acertam. Tanto em questões diretamente relacionadas aos direitos das pessoas, como é o caso da necessidade de uma ação legislativa frente a uma

²⁹³Registro que essa ideia é muito semelhante a que Waldron veicula em *Separation of Powers* e por isso reforça o entendimento de que o a teorização de Kyritsis, ao menos da teoria apresentada por Waldron quanto à separação de poderes, não é muito distante.

²⁹⁴KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 200. Como lembra Kyritsis, isso não sugere a ideia de que legislaturas devem ter a última palavra sobre qualquer sorte de tema moral que afeta a comunidade, mas indica a relevância do poder que a elas são atribuídos, pois detém o poder de início da agenda e, além disso, muitas vezes a política iniciada pela legislatura é a que „ao final do dia“ impacta as cidadãs diretamente.

²⁹⁵Também não é preciso imaginar que legisladoras não assumem seu trabalho com responsabilidade e dão importância aos direitos das pessoas quando tomam suas decisões. Mesmo agindo assim, como são pessoas como qualquer outra, estão sujeitas ao erro.

prática racial discriminatória injusta ou em questões relacionadas às instituições, como a destinação desequilibrada de verbas públicas no orçamento, legisladoras estão sujeitas a equívocos quanto à escolha dos interesses corretos a serem seguidos.

A existência de riscos mina a legitimidade de uma instituição? Essa pergunta ocorre quando, observadas as características das instituições, nos tornamos cientes dos riscos que elas apresentam. É assim que se dá no caso de legislaturas. Mas, como argumenta Kyritsis, essa circunstância não nos pode fazer querer imaginar que uma instituição seja perfeita. Instituições são procedimentos criados em razão de determinados valores para atingir determinados fins e não há nada que assegure que esses fins sejam (sempre) atingidos. Diante disso, mesmo na observância dos riscos que legislaturas apresentam, não precisamos supor, conforme sustenta o autor, que essas instituições são uma ameaça aos valores da comunidade.

Kyritsis argumenta que o fato de existirem razões que favoreçam a ideia de que legislaturas devam ser de alguma forma limitadas não impõe que cortes constitucionais devam verificar esses limites. Porém, segundo o que nos oferece o autor, estarmos conscientes dos riscos que essas instituições apresentam, constitui-se sinal para o oferecimento de razões para que outros procedimentos possam suprimi-los²⁹⁶. Certamente alguém com certa inventividade institucional poderia lançar mão de desenhos diversos para suprimir esses riscos. Mas a teoria e a prática constitucional já lançaram mão de um, destacadamente o controle de constitucionalidade. A justificativa para esse instituto passa, portanto, pela pergunta a respeito das razões positivas que temos para que cumpram o papel de verificar o „acerto“ ou „equívoco“ das decisões tomadas por legislaturas. Por isso, a fim de avaliar essa possibilidade, é necessário, de igual modo ao que feito com relação às legislaturas, observar as características dessas instituições²⁹⁷.

O principal aspecto de cortes constitucionais, notado pela literatura constitucional, é a sua independência. Cortes constitucionais são instituições que possuem integrantes não eleitas democraticamente pelo voto. É justamente na ausência desse mecanismo que desponta o caráter mais distinto dessas instituições com relação às legislaturas. Essa independência judicial confere a virtude que cortes constitucionais necessitam para fazer jus ao papel de supervisão. Como argumenta Kyritsis, se uma instituição que é superviosada pode influir

²⁹⁶KYRITSIS, Dimitrios. *Whrere our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 202.

²⁹⁷Nesse sentido, podemos considerar que o esforço que Waldron realizou, principalmente em *Law and Disagreement*, a respeito das características dos procedimentos que se utilizam legislaturas e dos valores que suscitem, reivindica o mesmo tipo de esforço com relação às cortes constitucionais.

ilicitamente em uma instituição supervisionadora, a própria ideia de supervisão é esvaziada. Segundo o autor, considerando que a difícil tarefa realizada por legislaturas implica riscos de grande vulto para a legitimidade do sistema político, uma instituição que seja voltada à verificação de suas decisões deve apresentar dois níveis de distanciamento, o primeiro relacionado à própria instituição que visa supervisionar e o segundo que se dirige aos que são responsáveis pela escolha dos membros da instituição supervisionada²⁹⁸. No tocante à fiscalização do trabalho realizado por legislaturas, cortes constitucionais, em razão dessa independência, estão preparadas para (1) resistirem à pressão política das instituições representativas e também (2) estão livres da pressão do eleitorado.

Isso não quer dizer que cortes constitucionais não sofram pressão ou influência alguma, mas dá relevo ao fato de que essa influência não é a baliza pela qual devem guiar as suas ações. O apoio popular não justifica o acerto de suas decisões. É nesta razão que, como sustenta Kyritsis, “em virtude de sua independência, o poder judiciário efetivamente desempenha uma função de *checks and balances*, contribuindo de forma valiosa para o projeto de governar”²⁹⁹.

Há uma objeção, notada por Kyritsis, que pode ser apresentada a uma justificativa desse tipo e que relaciona a ideia de finalidade com a de falibilidade. O argumento a favor do controle de constitucionalidade apresentado até aqui vê esse instituto a partir de uma característica marcante de cortes constitucionais, a sua independência e oferece uma razão para a entrega de um poder modesto de controle dos atos das legislaturas. Contudo, nada impede que legisladoras tenham estabelecido boas leis e que cortes constitucionais, por um juízo incorreto, invalidem tais contribuições³⁰⁰. Porém, continuaria a objeção, legisladoras quando erram são submetidas ao escrutínio popular e isso não acontece com cortes constitucionais justamente pela sua independência. Desse modo, temos um instituto voltado para o controle das decisões do legislativo que coloca a decisão de juízas, que também podem ser erradas, fora do alcance de qualquer controle.

Contudo, como aponta Kyritsis, o argumento esbarra na condição de que finalidade e falibilidade são aspectos que todo e qualquer desenho constitucional deve lidar. Por essa razão, na justificativa do controle de constitucionalidade a partir do princípio de *freios e*

²⁹⁸ KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 203

²⁹⁹ *Ibid.*, idem.

³⁰⁰ Exemplos de más decisões são inúmeros e toda sorte de teoria da justiça prontamente oferece um leque amplo de decisões erradas das mais variadas cortes constitucionais.

contrapesos não é avançada a ideia de que cortes são infalíveis e por isso devam ter a “palavra final”³⁰¹ e, sim, que podem, em determinados casos, possuir tal palavra mesmo sendo falíveis.

Acredito que algumas implicações podem ser extraídas do tipo de justificativa aqui oferecido. Primeiro, conforme Kyritsis aponta, há uma função receptiva de cortes constitucionais diante do trabalho que realiza legislaturas. Tal função não omite o elemento de supervisão acima indicado, mas conduz à ideia de que o papel dessas instituições, no projeto de governo, é subsidiário³⁰². Mais, a circunstância de serem instituições reativas, isto é, agirem apenas quando provocadas reforça esse aspecto relacionado ao seu papel. Nesse sentido, um sem número de leis ficam sem avaliação por parte de cortes constitucionais, o que possibilita a intervenção judicial apenas naqueles casos onde tenha sido particularmente grave a (suposta) falha de legislaturas. Segundo, mesmo quando provocadas, realizam um trabalho redundante. Conforme acima apresentado, legisladoras têm o papel de realizar avaliações morais dos interesses das cidadãs e tomar decisões sobre aquilo que entendem ser a decisão correta para a comunidade que fazem parte. Esse juízo, seja nas questões dos direitos seja nas questões estruturais, é inerente às características que possuem a instituição que compõem. Por tal razão, quando interpretam valores constitucionais diante de leis estabelecidas por legislaturas, cortes constitucionais não realizam uma atividade „originária”.

Esses dois aspectos do trabalho realizado por cortes constitucionais não omite a sua singularidade, notadamente a de servir como restrição para remédios diversos de uma violação constitucional e oferecimento de uma forma identificável pela qual as leis podem ser desafiadas. Nesse sentido, sistemas políticos que contam com o controle de constitucionalidade forte oferecem um procedimento estável onde as leis estabelecidas por legislaturas podem ser avaliadas.

Penso que essas considerações não conduzem a um papel heróico a ser realizado por cortes constitucionais. Miram apenas, a partir de características procedimentais, um propósito razoável de que as cidadãs e as demais instituições tenham à sua disposição um mecanismo que avalie, de forma imparcial e distanciada, as decisões tomadas por instituições

³⁰¹Conrado Hübner relativiza essa ideia de palavra final a partir do conceito de rodadas procedimentais de decisão que tanto cortes constitucionais como legislaturas participam. Ver, nesse sentido, MENDES, Conrado H. Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2010. Não aprofundo esse conceito para a questão aqui debatida porque acredito que é uma preocupação da teoria constitucional a provisoriedade dessa “palavra final” a respeito de determinado tema e que não quer dizer isto dizer que exista nessa ideia de “palavra final” a negação de que a decisão tomada por uma corte constitucional pode ser, de alguma maneira, revista.

³⁰²KYRITSIS, Dimitrios. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 210.

representativas. Como nota Kyritsis, o argumento está longe de ser conclusivo a favor do exercício do controle de constitucionalidade em qualquer caso e diante de todas-as-coisas-consideradas, mas acredito que oferece um ideal razoável pelo qual podemos criar expectativas maduras sobre o que essas importantes instituições podem desempenhar em uma democracia constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordei no presente trabalho uma pergunta cara à teoria constitucional, nomeadamente a que diz respeito à justificativa para o controle de constitucionalidade. Como salientado desde o primeiro parágrafo, muita tinta foi (e certamente continuará sendo) gasta sobre qual é o papel de uma corte constitucional, composta por poucas juízas, a que é confiado o poder de revisar as leis estabelecidas por instituições representativas. Realizei a escolha de abordar o controle de constitucionalidade a partir da teoria elaborada por Jeremy Waldron. Apesar desse autor ser correntemente conhecido como o que contemporaneamente oferece um dos argumentos mais persuasivos contra a legitimidade do instituto, compreendi que, a partir da sua teoria, podemos extrair razões que contribuam para um entendimento mais adequado do papel de cortes constitucionais.

Considerando as características gerais de legislaturas na esteira do que realiza Waldron, é possível observar que a legitimidade democrática por si só não explica a legitimidade dessas instituições. Certamente em qualquer sistema que receba a denominação de “democracia constitucional”, esse valor há de ser tomado como importante – os interesses e direitos das cidadãs serão adequadamente sopesados para a tomada de decisão sobre os assuntos que lhes afetam. Contudo, não é apenas por esse valor que devemos avaliar instituições complexas (como é o caso de assembleias legislativas e também cortes constitucionais) e, por esse motivo, acredito que a abordagem da teoria de Waldron termina por nos oferecer a importante ideia de que deve ser descartada a insistência de oferecer juízos a respeito das instituições tão somente a partir desse valor.

Como pretendi apresentar, o controle de constitucionalidade é amplamente discutido nas questões dos direitos. Essas questões suscitam assuntos de profunda controvérsia moral entre as cidadãs e, muito em razão disso, a objeção fundada na ideia de que poucas juízas tenham poder de decisão sobre essas questões ganha maior destaque na literatura constitucional. Contudo, a pergunta realizada no segundo capítulo foi relacionada à possibilidade de tratamento teórico conjunto dessas questões com as questões (que denominei de) estruturais naquilo que se relaciona à investigação da legitimidade do controle de constitucionalidade. Não é comum a abordagem dessa espécie de questionamento na literatura da área, porém acredito que isso não ofusca a importância de uma abordagem desse tipo por duas razões.

Primeiro, em termos práticos, um olhar mais atento para os sistemas constitucionais revela que ao controle de constitucionalidade é confiado a resolução de controvérsias que dizem respeito à estrutura governamental. Segundo, em termos teóricos, são correntes as posições que oferecem justificativas distintas para o controle de constitucionalidade nesses dois tipos de questões como se assunções desse tipo não se mostrassem incoerentes.

Me servi de duas estratégias para apresentar uma resposta positiva à pergunta endereçada. De um lado, apresentei argumentos mais relacionados à prática institucional de cortes constitucionais, especialmente o Supremo Tribunal Federal, no trato de controvérsias federativas e institucionais. Nesse mesmo caminho, suscitei a importância das regras que estabelecem poderes no desenho institucional. Essa parte do argumento serviu para mostrar que essas questões também suscitam um profundo desacordo a respeito dos valores que inspiram a estrutura governamental. Em razão disso, de modo igual ao que ocorre nas questões dos direitos, cortes constitucionais, mesmo em um aparente território árido de termos técnicos e formais como se dá no caso das questões estruturais, exercem juízo valorativo a partir do modo como concebem os valores que informam a estrutura constitucional. Por outro lado, pela abordagem das razões que Waldron oferece como objeção ao instituto, pretendi avançar argumentos de ordem mais teórica para dar força à ideia de que aquelas que se opõem ao controle de constitucionalidade nas questões dos direitos encontram-se vinculadas a essa oposição também no controle de constitucionalidade das questões estruturais.

Dessa abordagem, conclui que as questões estruturais apresentam as mesmas características que as questões dos direitos possuem no tocante ao debate a respeito da legitimidade do controle de constitucionalidade e, em razão disto, compreendi que essas considerações suscitam um tipo de justificativa comum para o controle de constitucionalidade.

Compreendido isto, no terceiro capítulo fui em busca de oferecer razões positivas adequadas para o instituto. Legislaturas e cortes constitucionais não são instituições que „vivem“ isoladamente. Fazem parte de um mesmo sistema e, apesar de serem instituições distintas, integram o mesmo tipo de poder, o poder político estatal (que pretende alcançar legitimidade diante das cidadãs). Nesse sentido, foi a partir de considerações a respeito dessa relação, mais especificamente sobre o princípio da separação de poderes, que vislumbrei uma justificativa modesta e adequada para o controle de constitucionalidade. Me servi inicialmente dos aspectos teorizados por Jeremy Waldron a respeito de uma compreensão mais acurada daquilo que o princípio da separação de poderes reivindica. Trata-se de uma interessante

pergunta, de caráter teórico, se o que o autor aborda sobre a separação de poderes é conectado à sua conhecida objeção ao controle de constitucionalidade e, no capítulo mencionado, ofereci a ideia de que não há uma conexão direta entre esses argumentos.

A resposta que ofereci é contrária a que ofereceu Kyritsis a respeito dessa pergunta. Para esse último autor, a concepção de Waldron a respeito do princípio da separação de poderes informa, inclusive, o ceticismo do autor quanto ao controle de constitucionalidade. Ofereci duas razões para pensarmos de modo diferente: primeiro, Waldron, de modo não muito peculiar, isola o princípio da separação de poderes do princípio dos *freios e contrapesos* e é sobre o último que o autor faz menção ao controle de constitucionalidade; segundo, mesmo na ideia que oferece a respeito da „integridade“ e valor de cada “etapa” da teoria que chama de “governança articulada”, Waldron não afasta o princípio dos *checks and balances* como princípio adjacente da legitimidade institucional. Essa abordagem, de cunho teórico serve de flanco para a consideração de que é justamente nesse princípio, compreendido de forma mais restrita em Waldron e mais ampla em Kyritsis, que o caso a favor do controle de constitucionalidade esteja.

Por outro ângulo, a teoria de Waldron nos mostra também a importância de ter em conta as características institucionais das instituições, o que o autor chama de “detalhes”, a fim de compreender o que nelas há de valioso. Uma empreitada desse tipo é realizada por Kyritsis em seu livro. A fim de oferecer razões favoráveis à legitimidade do controle de constitucionalidade, o autor abordou características tanto de legislaturas como de cortes constitucionais a partir da relação que há entre essas instituições. Nesse sentido, é possível ver semelhança na estratégia adotada por Kyritsis e na que foi realizada por Waldron, o que não esconde os objetivos distintos que esses autores possuíam. Enquanto o último, no seu trabalho seminal, deixou explícita a ideia de que ao compreendermos o valor de legislaturas, entendemos que o controle de constitucionalidade é injustificável, o primeiro faz uma assertiva contrária: é no entendimento adequado do valor de legislaturas que reside uma justificativa adequada para o controle de constitucionalidade.

Diante dessas considerações, apoio popular e inovação moral foram tarefas que receberam atenção quando da abordagem das características das legislaturas. Penso que são virtudes que essas instituições estão bem preparadas para cumprir, não por qualquer atributo individual que seus membros possam ter, mas em razão das características procedimentais de composição (eleição) e tomada de decisão (distância deliberativa) que apresentam. Contudo, essas características informam também os riscos que essas instituições são sujeitas. Não é

necessário, com a finalidade de suscitar tais riscos, apresentar uma imagem disforme de legislaturas e nem mesmo apelar para o medo da maioria. Na realidade, a partir das ideias fornecidas por Kyritsis, conclui que os riscos de legislaturas são inerentes à tarefa que desempenham - balancear o apoio popular com a decisão sobre temas sensíveis, onde as pessoas razoavelmente discordam entre si, não é tarefa fácil a ser desempenhada por uma instituição, sendo que legislaturas estão sujeitas ao erro de avaliar quais interesses devem prevalecer a respeito de alguma questão que afeta a comunidade.

A partir dos riscos observados, o princípio dos *freios e contrapesos* apresenta a sua contribuição. Esse princípio reivindica que os atos de uma instituição sejam supervisionados e controlados por outra. Como pude apresentar, a ideia de supervisão requer que aquela que é supervisora apresente condições que a permitam cumprir com essa tarefa, isto é, que não seja influenciada por aquela que é supervisionada. Cortes constitucionais têm como principal característica (e isso é enfatizado inclusive nas razões da objeção democrática) o fato de que suas integrantes não são eleitas democraticamente e também não dispõem de qualquer mecanismo pelo qual se exija que sejam responsivas com os interesses das cidadãs. É nesse sentido que podemos dizer que essas instituições gozam de independência com relação (1) às legislaturas e (2) às cidadãs.

Sob essa razão, acredito que, ao possuírem independência, cortes constitucionais estão bem preparadas para cumprirem o desiderato de verificar as decisões tomadas no procedimento legislativo. É justamente pela ausência de legitimidade democrática que essas instituições ostentam um papel justificável em uma democracia constitucional, pois apresentam características que informam razões para a um papel legítimo de controle das ações das instituições representativas. Mas, tal como ocorre no caso de legislaturas, nada nessa abordagem sugere que o papel dessas instituições é informado pela *expertise* moral superior de suas integrantes. A justificativa a partir do princípio da separação de poderes em sentido amplo (ou do princípio dos *freios e contrapesos* em sentido estrito) não conduz a uma razão desse tipo.

Nesse sentido, apresentei a ideia, com base nos argumentos oferecidos por Kyritsis, de que cortes constitucionais possuem uma função receptiva, isto é, devem guiar o juízo que realizam sobre os temas a que são provocadas a partir do entendimento de que possuem um papel subsidiário e redundante. Devem auxiliar legislaturas na tomada de decisões sobre os interesses das cidadãs, cientes de que esse papel já é realizado pelas instituições representativas. Tal como apresentei, essas considerações não omitem a singularidade dessas

instituições e nem ofuscam o elemento de supervisão que a elas é confiado, mas indicam um papel modesto a ser por elas desempenhado, - seja nas questões dos direitos seja nas questões estruturais -, no difícil projeto de governança respeitosa aos direitos das cidadãs que uma democracia constitucional assume.

Em uma longa viagem, pode mostrar-se vantajoso dirigir sob a companhia de uma pessoa que, mesmo sem estar na direção do veículo, colabore em assumir um papel auxiliar quanto ao controle da velocidade utilizada diante da sinalização da pista ou que se preocupe em informar as condições de tráfego como, por exemplo, as condições climáticas e do terreno no percurso da viagem. Isto se dá porque enquanto a condutora normalmente se atém a reações de natureza mais imediata como a necessidade de troca de marchas do veículo, a „não-condutora“, justamente por não estar na direção do automóvel, se encontra em uma situação confortável para manter atenção nas circunstâncias que dificilmente a pessoa que está dirigindo poderia observar, mesmo sendo sua a principal responsabilidade pela segurança da viagem. Há, portanto, uma relação de colaboração entre as duas viajantes quanto aos cuidados com as circunstâncias adversas que podem surgir e, apesar da condição de que é a condutora que está na direção do veículo, há uma atitude de respeito por aquilo que a „não-condutora“, no âmbito do seu papel auxiliar, orienta e sugere.

Em termos aproximados, acredito que a relação entre legislaturas e cortes constitucionais pode ser pensada dessa maneira³⁰³. As duas instituições fazem parte de um „veículo“ chamado sistema constitucional e dividem responsabilidades quanto à „longa viagem“ que compartilham de regular a comunidade política. Diferentemente de legislaturas, uma corte constitucional não apresenta características que permitam compreendê-las como condutora desse veículo, pois falta-lhe um importante elemento representativo. Porém, essa

³⁰³Exemplos metafóricos podem auxiliar na compreensão de um argumento teórico. Nesse sentido, tomo como base a ideia de Isaiah Berlin de que “pensar num fenômeno ou num aglomerado de fenômenos é pensar a partir de suas semelhanças e diferenças com outros”. E que “sem paralelos e analogias entre uma e outra esfera de pensamento e ação, conscientes ou não, a unidade de nossa experiência – a nossa própria experiência – não seria possível. Toda linguagem e reflexão é, nesse sentido, necessariamente „metafórica“”. Berlin, Isaiah. *Ainda existe teoria política?* em *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.115. O exemplo que utilizo é, de algum modo, próximo ao que Sager utilizou para ilustrar seu argumento a favor da legitimidade de cortes constitucionais. Ver, nesse sentido, SAGER, Lawrence. *Constitutional Justice*. Disponível em <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Lawrence-G-Sager-Constitutional-Justice.pdf>. Acesso em janeiro de 2016. Contudo, se diferencia na razão de que esse autor, ao ilustrar cortes constitucionais como inspetoras de uma linha de produção de veículos, aparenta não se dar conta de que a própria ideia de inspeção de qualidade de um veículo pressupõe que a inspetora saiba de antemão como um veículo pronto deve ser. A prática constitucional parece não se adequar muito bem a essa ilustração em razão de que nenhuma instituição sabe, de antemão, como de ser uma boa prática ou experiência constitucional. Acredito que o exemplo aqui utilizado, - „uma longa viagem“ -, não pressupõe que nenhuma das participantes da prática institucional saibam (nem mesmo cortes constitucionais) aquilo que consideram de antemão, por exemplo, uma „boa viagem“.

falta não afasta a relevância do seu lugar e papel na viagem em razão de podermos conceber que essas instituições, pelas suas características, estão em uma „posição confortável” para o controle sobre a atividade de legislaturas e isso em prol de que, exercendo tal papel, colaborem com a realização de uma viagem sem danos para todas as pessoas que dela estiverem participando.

Por fim, assumi como objeto de investigação nesse trabalho a pergunta pela justificativa para o controle de constitucionalidade. Tal como referi logo na primeira página, é observável na teoria constitucional a distinção entre essa pergunta e a que trata dos limites do instituto. Ofereci a ideia de que as questões dos direitos e as questões estruturais despertam o mesmo nível de consideração quanto ao questionamento da legitimidade do controle de constitucionalidade. Diante disso, seria o caso de assim também compreendermos o tema quanto à pergunta sobre os limites do instituto?

Acredito não ser possível, pelas balizas que empreguei no trabalho, oferecer uma resposta completa a essa pergunta. Contudo, acredito que tanto razões como valores diversos podem incentivar ou constranger de maneira distinta o papel que julgamos adequado que cortes constitucionais desempenhem a respeito de um assunto que trate mais especificamente de uma questão que diga respeito à estrutura governamental. Talvez, a própria avaliação dessas razões e valores imprimem a dificuldade de uma análise menos particular (como foi a que fiz uso no presente trabalho) a respeito do controle de constitucionalidade. Contudo, acredito que um entendimento adequado do seu papel, mediante uma abordagem geral, pode ser o sinal de um bom começo para uma investigação dessa natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry. *What is the problem of Judicial Review?* Legal Studies Research Paper Series. Research Paper n. 07-03. 2005. Disponível em (<http://ssrn.com/abstractID=802807>). Acesso em Julho de 2017.

ALLAN, James. *The Travails of Justice Waldron in Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*. Ed. Grant Huscroft. Cambridge: CUP, 2008.

ARONEY, N. and KINCAID, J. *Courts in Federal Countries: Federalists or unitarists?* Toronto: UTP, 2017.

_____. *Reasonable Disagreement, Democracy and the judicial safeguards of Federalism*. Queensland Law Journal, vol. 27, n. 1, p. 129-143, 2008.

BARBER, Nicholas. *The Constitutional State*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BERLIN, Isaiah. *Ainda existe teoria política?* em *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BROWN, Rebecca. *Separated Powers and Ordered Liberty*. University of Pennsylvania Law Review 6 (1991). p. 1513.

BUSTAMANTE, Thomas. *On the difficulty to ground the authority of Constitutional Courts: can strong judicial review be morally justified?* in *Democratizing Constitutional Law: Perspectives on Legal Theory and the Legitimacy of Constitutionalism*. Edits. Thomas Bustamante e Bernardo Gonçalves. Switzerland: Springer, 2016.

CHOPER, Jesse. *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Suprem Court*. New Orleans: QPB, 2013 (1980)

CHUEIRI, Vera Karam de. *Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e Mexicana de 1917*. In: *Anais do Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar*. Curitiba, Brasil.

CONSANI, Cristina. *Separação dos Poderes e Estado de Direito: considerações a partir da teoria de Jeremy Waldron*. Revista Pensar: Fortaleza. v. 21, n. 01, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The Moral Reading of the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996

EISGRUBER, Christofer. *Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's Law and Disagreement*. Journal of Legislation and Public Policy. n. 6 (2002). p. 35–49

FALLON JR, Richard. *Legitimacy and the Constitution*. Harvard Law Review, vol 118, abril/2005.

FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Traducción de Esteban Restrepo Saldarriaga. Madrid: Marcial Pons, 2007.

GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e Democracia. uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Structural judicial review and the objection from democracy*. University of Toronto Law Journal, Volume 60, Number 1, Winter 2010.

HAMILTON, A; MADISON, J. e JAY, J. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Líder: Belo Horizonte, 2003.

HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge: HUP, 1962.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KAUFMAN, A. & RUNNELS, Michael B. *The Core of an Unqualified Case for Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron and Contemporary Critics*, 82 Brook. L. Rev. 2017.

KOZICKI, Katya. *Herbert Hart e o Positivismo Jurídico. Textura Aberta do Direito e Discricionariedade Judicial*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2014.

KYRITSIS, Dimitrios. *Representation and Waldron's objection to Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. 4 (Winter, 2006), p. 733-751

_____. *Where our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: OUP, 2017

LEVY, Jacob T. *The Constitutional Entrenchment of Federalism in Federalism and Subsidiarity*. New York: NUP, 2014.

LINARES, Sebastián. *La (I)Legitimidade del Control Judicial de las Leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MAUÉS, A. G. M. *As regras que conferem poderes e o direito constitucional*. in Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 28, Julho/Set 1999.

_____. *Justiça constitucional e espaço constitucional infranacional: os casos de Espanha e Brasil* in Federalismo e Constituição: Estudos Comparados in Maués, A. M. (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MENDES, Conrado H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis. Introdução e notas de Gonzague Truc*; traduções de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rorigues. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

PERRY, Michael. *Constitutional Rights, Moral Controversy and the Supreme Court*. Cambridge: CUP, 2009.

PITKIN, Hanna. *The Concept of Representation*. California: University of California Press, 1967.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. NY: CUP, 1993.

RAZ, Joseph. *Ethics in Public Domain*. New York: OUP, 1996.

_____. *The Morality of Freedom*. Oxford: OUP, 1986.

REDISH, Martin H. *The Constitution as Political Structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: UCP, 1991.

RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

SAGER, Lawrence. *Constitutional Justice*. Disponível em <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/Lawrence-G-Sager-Constitutional-Justice.pdf>. Acesso em janeiro de 2016.

STONE, Adrienne. *Democratic objections to structural judicial review and the judicial role in constitutional law*. Toronto Law Journal, vol. 60. n. 01 (2010), p. 109-135

_____. *Judicial Review without Rights: Some Problems for the Democratic Legitimacy of Structural Judicial Review*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, N. 01 (2008), pp. 1-32.

WALDRON, Jeremy. *Constitutionalism: A Skeptical View*. Philip A. Hart Memorial Lecture. 4, 2010. Disponível em (<https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/4>). Acesso em janeiro de 2016.

_____. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

_____. *Legal and Political Philosophy* in The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Edits Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, and Scott J. Shapiro. New York: OUP, 2002.

_____. *Legislation by Assembly* in Judicial Power, Democracy and Positivism. Edts. Tom Campbell and J. Goldsworthy. NY: Routledge, 2000.

_____. *Political Political Theory* in Political Political Theory: Essays on institutions. Cambridge: HUP, 2016. p. 01-23.

_____. *Representative Lawmaking* in Political Political Theory: Essays on institutions. Cambridge: HUP, 2016.

_____. *Separation of Powers in Thought and Practice*. 54 B.C.L. Rev. 433 (2013).
Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss2/2> Acesso em janeiro de 2016.

_____. *The Core of the case against judicial review* in Political Theory: Essays on institutions. Cambridge: HUP, 2016.

_____. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: HUP, 2012.

_____. *The Irrelevance of Moral Objectivity* in WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: OUP, 1999.

_____. *What plato would allow*. Nomos, vol. 37, Theory and Practice. 1995, p. 170 (p. 138-178)

WILKINSON, H. J. *Our Structural Constitution*. Texto apresentado na Columbia Law School em março de 2004. Disponível em (<http://www.pegc.us/archive/authorities/wilkinson-web.pdf>) Acesso em julho de 2017.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.